

LA PROTECCIÓN DE LAS NIÑAS ASOCIADAS CON FUERZAS ARMADAS O GRUPOS ARMADOS

PROTECTION OF GIRLS ASSOCIATED WITH ARMED FORCES OR ARMED GROUPS

ROSARIO OJINAGA RUIZ*
RUTH MARÍA ABRIL STOFFELS**

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROHIBICIÓN DEL RECLUTAMIENTO Y LA PARTICIPACIÓN DE NIÑOS EN CONFLICTOS ARMADOS: UN RÉGIMEN JURIDICO FRAGMENTARIO Y SIN PERSPECTIVA DE GÉNERO. III. EL CRIMEN DE RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO O USO DE MENORES DE 15 AÑOS PARA PARTICIPAR ACTIVAMENTE EN HOSTILIDADES. IV. NIÑAS ASOCIADAS Y CRÍMENES DE VIOLENCIA SEXUAL V. CONCLUSIONES

RESUMEN: La intersección entre género y edad hace que las niñas asociadas con fuerzas armadas o grupos armados no se encuentren adecuadamente protegidas por el DIH. Pese a los desarrollos normativos y jurisprudenciales más recientes, la regulación del reclutamiento y participación de niños en conflictos armados sigue siendo fragmentaria y carente de perspectiva de género. En este estudio se abordan las lagunas y deficiencias en la protección jurídica de estas niñas, tanto si cumplen funciones de combate como si tienen asignadas otras funciones dentro del grupo, supongan o no participación activa en las hostilidades.

ABSTRACT: The intersection between gender and age makes girls associated with armed forces and armed groups do not look is adequately protected by IHL. Despite latest regulatory and jurisprudential developments, the legal framework on the recruitment and participation of children in armed conflicts is remains fragmentary and lacking a gender perspective. In this study the existing shortcomings in the protection of girls associated with armed groups, are analyzed both if they meet combat functions as if they carry out another type of functions, involving or not active participation in hostilities.

PALABRAS CLAVE: Niñas soldado, Reclutamiento, Alistamiento, Participación directa, Participación activa, Violencias sexuales.

KEYWORDS: Girl soldiers, Recruitment, Enlistment, Direct Participation, Active Participation, Sexual violence

Fecha de recepción del trabajo: 25 de noviembre de 2019. Fecha de aceptación de la versión final: 12 de mayo de 2020.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público. Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la UE. Universidad de Cantabria (UC).

** Profesora Titular de la Universidad CEU Cardenal Herrera. Directora de la Unidad de Igualdad

I. INTRODUCCION

En la actualidad, se estima que cerca del 10% de los componentes de las fuerzas y grupos armados son menores de 18 años¹. Aunque la mayoría tienen entre 15 y 18 años, el reclutamiento comienza a ser significativo a partir de los 10 años y está ampliamente documentado por debajo, incluso, de esa edad². Dependiendo de cada grupo, en torno al 40% o 50% de esos menores son niñas³, si bien las cifras y las funciones que tienen encomendadas varían significativamente por regiones y suelen ser muy heterogéneas⁴. Habitualmente, son forzadas a trabajar como porteadoras, espías, cocineras, enfermeras o comadronas y sometidas a abusos y explotación sexual. Muchas reciben adiestramiento militar y participan activamente en las hostilidades. En algunos casos, se ha constatado que hasta la mitad de las niñas asociadas tienen participación activa⁵.

Ningún instrumento jurídico internacional incluye una definición de los niños soldado. Considerando el conjunto de normas del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) vigentes en la materia y el diferente alcance de la protección jurídica establecida en ellas, la noción normativa de niños soldado presentaría un carácter heterogéneo.

En la práctica, bajo el impulso de las agencias y organismos humanitarios, se ha consolidado el recurso a una noción más amplia, extensible genéricamente a los niños y niñas menores de 18 años asociados con fuerzas armadas o grupos armados⁶. Según los *Principios de Ciudad del Cabo* (1997), los *Compromisos y Principios de París* (2007) y los *Principios de Vancouver*⁷, esta noción -utilizada también por el Comité Internacional

¹ UNICEF, Datos disponibles en la web de esta organización: <http://www.unicef.be/fr/12-fevrier-journee-internationale-des-enfants-soldats/>

² Amnesty Int'l, About Child Soldiers, available at <http://www.amnestyusa.org/children/childsoldiers/about-child-soldiers/page.do?id=102117>

³ Girl child soldiers face new battles in civilian life. Analysis. IRIN, 2013. Disponible en: <http://www.irinnews.org/report/97463/analysis-girl-child-soldiers-face-new-battles-in-civilian-life>

⁴ SPELLINGS, C.R., "Scratching the Surface: A Comparison of Girl Soldiers from Three Geographic Regions of the World." *International Education*, vol. 38, n° 1, 2008, pp. 14-39.

⁵ QUEISER, W., "Niñas soldados: la otra cara de la explotación sexual y de la violencia sexual" *Air & Space Power Journal*, marzo de 2008. Disponible en: <http://www.airpower.maxwell.af.mil/apjinternational/apj-s/2008/1tri08/morales.htm>. Destaca, en la actualidad, el aumento en el uso de niños por grupos terroristas (Mia Bloom y John Horgan "The Rise of the Child Terrorist: The Young Faces at the Frontlines", *Foreign Affairs*, 09/02/2015 <http://www.foreignaffairs.com/articles/143020/mia-bloom-and-john-horgan/the-rise-of-the-child-terrorist>). Sobre el uso de niñas por Boko utilización de las niñas por el grupo terrorista Boko Haram, Blanca Palazián. "Boko Haram: usando niñas como armas". Documento de análisis del Instituto Español de Estudios Estratégicos, 07/2015, 2015. Disponible en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2015/DIEEEA07-2015_BokoHaram_Mujeres_BPI.pdf

⁶ UN Integrated Disarmament, Demobilization and Reintegration Standards (1 August 2006)

⁷ *Principios de Ciudad del Cabo sobre la prevención del reclutamiento de niños y niñas en las fuerzas armadas y desmovilización y reintegración social de los niños y niñas soldados en África*, 1997; *Compromisos de París para proteger a los niños y niñas reclutados o utilizados ilícitamente por fuerzas armadas o grupos armados* y *Principios y Directrices sobre los niños asociados a Fuerzas Armadas o Grupos Armados*, París, 2007. Al respecto de esta noción, Mark Drumbl, *Reimagining Child Soldiers in International Law and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2012; Los *Principios de Vancouver sobre*

de la Cruz Roja (CICR)⁸- se aplica a toda persona menor de 18 años de edad que forma parte de toda fuerza armada regular o irregular en la capacidad que sea; lo que comprende, entre otros, cocineros, porteadores, mensajeros o cualquiera que acompañe a dichos grupos, salvo los familiares⁹. Por consiguiente, no se refiere sólo a un niño que lleva o ha llevado armas. La definición incluye, en particular, a las niñas reclutadas con fines de explotación sexual y para matrimonios forzados¹⁰. Como se ha observado, aunque estos instrumentos no son jurídicamente vinculantes, cuentan con una amplia aceptación política, operacional y profesional¹¹. Esta es la aproximación que hizo suya la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI) en el *Caso Lubanga*, incluyendo expresamente a las niñas reclutadas con fines de explotación sexual:

“The term ‘child soldiers’ commonly refers to children under the age of 18 who partake in an armed group or force, regular or irregular, in any capacity. It is not restricted to children who actively fight. It also includes children whose roles are essential to the functioning of the armed group, such as those working as cooks, porters, messengers, as well as girls recruited for sexual purposes and forced marriage”¹².

Tras una primera aproximación al fenómeno, el objetivo de este estudio es analizar las prohibiciones relativas al reclutamiento y la participación de niños en conflictos armados (II), así como la interpretación jurisprudencial del crimen de reclutamiento, alistamiento y uso para participar activamente en las hostilidades de menores de 15 años (III) para tratar de dilucidar cuál ha sido, hasta el momento, el tratamiento que han recibido las experiencias específicas de las niñas asociadas con fuerzas armadas o grupos armados, tanto en el marco de este crimen como en relación con los crímenes de violencia sexual que figuran en el Estatuto de la CPI (IV). Acabaremos formulando unas breves conclusiones (V).

el Mantenimiento de la Paz y la Prevención del Reclutamiento y la Utilización de Niños Soldados, 2017. España figura entre los Estados que han suscrito tanto los compromisos y principios de París como los principios de Vancouver.

⁸ *Niños asociados con fuerzas armadas o grupos armados*, CICR, 2014, p. 1., disponible en <https://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/icrc-003-0824.pdf>

⁹ UNICEF, Fact Sheet: Child Soldiers, available at <http://www.unicef.org/emerg/files/childsoldiers.pdf>

¹⁰ UNICEF, Niños asociados con grupos armados, disponible en https://www.unicef.org/spanish/protection/files/FactSheet_children_armed_groups_sp.pdf, p. 9.

¹¹ DRUMBL, M.A., “The Effects of the Lubanga Case on Understanding and Preventing Child Soldiering”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2012, pp. 87-116, p. 90.

¹² *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, No. ICC-01/04-01/06-2748-Red, Prosecution's closing brief, 1 de junio de 2011, paras. 138 y 139.

II. LA PROHIBICIÓN DEL RECLUTAMIENTO Y LA PARTICIPACIÓN DE NIÑOS EN CONFLICTOS ARMADOS: UN MARCO JURÍDICO FRAGMENTARIO Y SIN PERSPECTIVA DE GÉNERO

En general, como puede observarse, el régimen jurídico internacional sobre el reclutamiento y la participación de niños en conflictos armados es fragmentario y carece de perspectiva de género.

La prohibición del reclutamiento y la participación de niños en conflictos armados ha quedado formulada en diferentes instrumentos del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Pese a la multiplicidad de normas, son evidentes las lagunas de esta regulación y la necesidad de construir una protección jurídica más coherente sobre la base del principio del interés superior del menor y la protección especial del niño en los conflictos armados. Asumimos, a estos efectos, la premisa de que la cuestión de la protección de las niñas asociadas con fuerzas armadas o grupos armados constituye, en esencia, *una cuestión relativa a la protección de la infancia aunque con dimensión de género*; esto es, *vinculada a la protección de la mujer solo de forma limitada*¹³. Así, como ha defendido Fox, aunque algunas experiencias pueden resultar comunes para las mujeres y las niñas asociadas con grupos armados estatales o no estatales, “the abuses that are perpetrated against girls belong to a category of their own, not just because they are often so extreme but also because they are abuses against children”¹⁴.

¹³ OJINAGA, R., “La protección de la mujer en el Derecho Internacional Humanitario”, en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., (dir.), *Derecho Internacional Humanitario*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 851-890. Véase, DE BUSSCHERE, A.G., “The Humane Treatment of Women in Times of Armed Conflict. Equality and the Law of Humanity”, *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, vol. 26, nº 4, 1987, pp. 576-610; CHINKIN, Ch., “Women: The Forgotten Victims of Armed Conflict?”, en Durham/McCormack (eds.), *The Changing Face of Conflict and Efficacy of International Humanitarian Law*, Kluwer Law International, The Hague, 1999; GARDAM, J., “Gender and Non-Combatant Immunity”, *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 3, nº 2, 1993, pp. 345-370; “A feminist analysis of certain aspects of international humanitarian law”, *Australian YIL*, vol. 12, 1992, pp. 265-278; “The Law of Armed Conflict: A Feminist Perspective”, en MAHONEY/MAHONEY (eds.), *Human Rights in the Twenty-First Century: A Global Challenge*, , Martinus Nijhoff, Netherlands, 1993, pp. 419-436; “La mujer, los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”, *RICR*, nº 147, 1998, pp. 453-467; “Women and the Law of Armed Conflict: Why the Silence?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 22, nº 1, 2000, pp. 148-166; GARDAM, J., CHARLESWORTH, H., “Protection of Women in Armed Conflict”, *Human Rights Quarterly*, vol. 22, nº 1, 2000, pp. 148-166; KRILL, F., “La protección de la mujer en Derecho Internacional Humanitario”, *RICR*, nº 72, 1985, pp. 347-375; “Women and the Law of Armed Conflict: Why the Silence?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 1997; LINDSEY, Ch., “Las mujeres ante la guerra”, CICR, Ginebra, 2001, disponible en <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/p0798>; MERCIER, M., “Women and War”, *International Review of the Red Cross*, 1995, pp. 10-12; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “Mujeres, víctimas de la Guerra”, en Roy Gutman, David Rieff (eds.), *Crímenes de Guerra: Lo que debemos saber*, Editorial Debate, Barcelona, 2003, pp. 312-316; TABORY, M., “The Status of Women in Humanitarian Law”, en DINSTEIN, Y., TABORY, M., (eds.), *International Law at a Time of Perplexity*, Essays in honour of Shabtai Rosenne, Kluwer Law, Dordrecht, 1989, pp. 941-951.

¹⁴ FOX, H-J, “Girl Soldiers: Human Security and Gendered Insecurity”, *Security Dialogue*, vol. 35, nº 4, 2004, pp. 469-470.

El lenguaje utilizado en los comentarios a los Protocolos Adicionales de 1977 indica claramente que cuando se formulan estas prohibiciones se piensa en los niños¹⁵. Así, las disposiciones pertinentes en la materia constituyen un rechazo a una práctica consistente en “the harrowing spectacle of boys, who have barely left childhood behind them, brandishing rifles and machine-guns and ready to shoot indiscriminately at anything that moves”¹⁶. Las referencias a las niñas figuran de un modo muy genérico en el Preámbulo del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados (PFCDN), donde se afirma que los derechos del niño requieren una protección especial y que, para ello, es necesario seguir mejorando la situación de los niños sin distinción. También se reconocen las necesidades de los niños que están especialmente expuestos al reclutamiento o utilización en hostilidades en razón de su situación económica o social o de su sexo.

1. Las normas del Derecho Internacional Humanitario en la materia

Comenzando por el DIH, el artículo 77 (2) del Protocolo Adicional I prohíbe el reclutamiento de menores de quince años y su participación directa en las hostilidades en conflictos armados internacionales. En particular:

“Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad”¹⁷

¹⁵ SANDOZ, Y., SWINARSKI, Ch., y ZIMMERMANN, B., (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, M. Nijhoff, Geneva, Dordrecht, 1987, Para. 4551-4557. Al respecto, GREY, R., “Interpreting International Crimes from a “Female Perspective”. Opportunities and Challenges for the International Criminal Court”, *International Criminal Law Review*, vol. 17, 2016, pp. 325-350.

¹⁶ *Ibid.*, para. 3183.

¹⁷ La prohibición más categórica y amplia que había propuesto el CICR en el artículo 68 (2) de su proyecto de Protocolo Adicional I fue rechazada por los Estados, que la consideraban poco realista. Su tenor literal era el siguiente: “The parties to the conflict shall take all necessary measures in order that children aged under fifteen years shall not take any part in hostilities and, in particular they shall refrain from recruiting them in their armed forces or accepting their voluntary enrolment” (*Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, ICRC, Geneva, 1973, p. 86). El comportamiento exigido a las partes en conflicto consiste pues en la adopción de “todas las medidas posibles” para evitar que los menores de 15 años participen directamente en las hostilidades, resultando que, *prima facie*, todo aquello que está sujeto a su autoridad o su competencia lo es (COHN, I., GOODWIN-GILL, G., *Los niños soldados: un estudio para el Instituto Henry Dunant*, Editorial Fundamentos, Ginebra, 1997, p. 36). El dato más destacable es que la norma distingue entre la participación directa e indirecta en las hostilidades y evita el enunciado de obligaciones absolutas sobre la participación voluntaria indirecta de menores de 15 años. La interpretación del artículo es, en este aspecto, controvertida. En algunos casos se opta por una interpretación flexible y abierta a la participación voluntaria indirecta de los menores de 15 años (BOTHE, M., PARTSCH, K.J., SOLF, W.A., *New Rules for Victims of Armed Conflict, Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions on 1949*, Nijhoff, The Hague, 1982, p. 476; *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du Droit international humanitaire applicable dans les Conflits Armés*, Genève (1974-1977), vol. XV, p. 546). Por el contrario, el CICR recurre a una interpretación literal de la norma, en virtud de la cual cabe entender por reclutamiento tanto el enrolamiento obligatorio como el voluntario. En tal sentido, “reclutar significa también incorporar, lo que implica que las partes deben abstenerse de enrolar a niños y niñas menores de 15 años que voluntariamente

Por su parte, el artículo 4 (3) (c) del Protocolo Adicional II incluye una prohibición reforzada, ya que prohíbe el reclutamiento de menores de quince años y su participación -directa o indirecta- en las hostilidades en conflictos armados no internacionales. Así:

“Los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades”¹⁸.

Aunque su alcance es limitado, estas disposiciones expresaban ya la aspiración de algunos gobiernos de aumentar la protección reconocida a los niños y permitieron al CICR insistir, incluso ante las partes en un conflicto armado internacional que no hubieran aceptado formalmente las obligaciones derivadas del Protocolo Adicional I, en la importancia humanitaria de que los menores de quince años no participen en las hostilidades¹⁹.

En términos generales, se ha planteado la duda de si las normas estipuladas en el DIH siguen siendo adecuadas o deben ser adaptadas para hacer frente a los nuevos retos que suscitan los conflictos armados contemporáneos. La posición adoptada por el CICR y defendida por un amplio sector de la doctrina es contraria a la apertura de un proceso de revisión general y de carácter convencional de las normas del DIH. En cambio, se ha reconocido una gran importancia al desarrollo del DIH de carácter consuetudinario. En este sentido, destaca el estudio promovido por el CICR sobre la evolución del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario aplicable en conflictos armados en las dos últimas décadas²⁰. En dicho contexto, han sido elaboradas las normas 135 a 137, a partir de una copiosa práctica de los Estados, sobre el respeto y la protección especiales del niño en conflictos armados, el reclutamiento de niños y la participación de los niños en hostilidades, respectivamente. Así, el reclutamiento de niños se encuentra prohibido por numerosos manuales militares, incluidos algunos aplicables en conflictos armados, y en

quisieron formar parte de las fuerzas armadas” (DUTLI, M.T., “Niños-combatientes prisioneros”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No 101, 1990, pp. 452-466, p. 454; SANDOZ, Y., SWINARSKI, Ch., y ZIMMERMANN, B., (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, supra nota 17, p. 925. La misma opinión en HAPPOLD, M., *Child Soldiers in International Law*, Juris Pub Inc, 2005, p. 38). La fórmula empleada en la última frase del precepto es más débil, pues todo lo que se exige de las partes en conflicto cuando recluten a niños de entre quince y dieciocho años es que procuren dar prioridad a los de mayor edad. Básicamente, la obligación enunciada “[p]uede servir a los Estados, el CICR y otros terceros interesados como fundamento jurídico para formular recomendaciones en este sentido” (COHN, I., GOODWIN-GILL, G., *Los niños soldados*, cit., pp. 36-37).

¹⁸ Al parecer, este artículo es el resultado de una propuesta alternativa introducida en el último momento por el representante de Paquistán en la que se suprimieron algunos términos en el enunciado de la prohibición relativa a la participación de los niños en las hostilidades que supusieron su reforzamiento (TAVERNIER, P., “Combatants and Non-Combatants”, en Dekker, I.F., Post, H.H.G., (eds.), *The Gulf War of 1980-1988: The Iran-Iraq War in International Legal Perspective*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, p. 149). No se ha incluido, sin embargo, en el Protocolo Adicional II una recomendación formal de reclutar con prioridad a los niños de mayor edad en el segmento comprendido entre los 15 y los 18 años. Nada impide, sin embargo, al CICR u otras organizaciones humanitarias intervenir ante las partes en conflicto con este propósito.

¹⁹ DUTLI, M.T., “Niños-combatientes prisioneros”, supra nota 19.

²⁰ HENCKAERTS, J.-M. y DOSWALD-BECK, L., *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, Volumen I, Normas, Buenos Aires, 2007; *Customary International Humanitarian Law*, Volume II, Practice, Cambridge, 2005.

la legislación de muchos países, figurando España entre los Estados que incorporan estos tres tipos de prohibiciones²¹. Asimismo, el reclutamiento de niños en violación del DIH ha sido condenado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas²² y, con carácter general, por los Estados y las organizaciones internacionales²³. En cuanto a la edad mínima, se observa que, aunque todavía no hay una práctica uniforme con respecto a la edad mínima de reclutamiento y para la participación en las hostilidades, existe consenso acerca del hecho de que no debe ser inferior a los quince años²⁴. No obstante, cuando ratificaron la Convención sobre los Derechos del Niño, diversos Estados -entre ellos España- mostraron su desacuerdo con ese límite de edad, privilegiando un límite de dieciocho años para el reclutamiento²⁵.

2. Las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la materia

Desde la perspectiva del DIDH, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)²⁶ prohíbe en su artículo 38 el reclutamiento de niños y niñas menores de 15 años y su participación directa en las hostilidades²⁷. El precepto incorpora en su primer párrafo una remisión a las obligaciones derivadas del DIH para los Estados Parte. De hecho, hubiera sido preferible limitar su contenido a esta remisión, dado que el resto de sus disposiciones no suponen desarrollo del DIH²⁸.

²¹ *Ibid.*, pp. 546-547.

²² Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1261, sobre los niños y los conflictos armados, adoptada el 25 de agosto de 1999.

²³ OUA, Consejo de Ministros, Resolución 1659 (LXIV), sobre la situación de los niños africanos en situaciones de conflicto armado, adoptada el 5 de julio de 1996.

²⁴ HENCKAERTS, J-M. y DOSWALD-BECK, L., *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, supra nota 22, pp. 548-549 y 552.

²⁵ *Ibid.* p. 548.

²⁶ Como ha observado el Comité de los Derechos del Niño, la participación de los niños en actividades militares parece estar en contradicción con los principios consagrados en los artículos 3 y 6 de la CDN: el interés superior del niño y el derecho a la vida y a la supervivencia del niño. No sólo su vida y su desarrollo corren peligro, sino que se ven amenazados su derecho a la sanidad, educación, desarrollo psicológico y bienestar general (Comentarios acerca del informe del grupo de trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, E/CN.4/1999/WG.13/2, 2 de octubre de 1998).

²⁷ La introducción del artículo 38 se debió a una propuesta formulada conjuntamente en 1985 por los Países Bajos, Suecia y Finlandia. Esta propuesta quedó sensiblemente alterada en 1986 tras la aprobación por el Grupo de Trabajo, en una primera lectura, del proyecto de artículo 20 (Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child, UN Doc. E/CN.4/1985/64, Annex II, 3 April 1985; DIETRICK, S., *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the Travaux Préparatoires*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1992, p. 503). Desde ese momento el CICR expresó sus críticas haciendo hincapié en el contenido de la Resolución IX sobre la protección del niño en conflictos armados, adoptada por la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja (Ginebra, 1986), en la que se subrayaba que la protección acordada por este nuevo instrumento debería al menos ser la misma que la garantizada por los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales I y II. A finales de 1988 se reunió nuevamente el Grupo de Trabajo, aprobando en segunda lectura el texto del actual artículo 38 tras una compleja negociación en la que algunas delegaciones se mostraron dispuestas a suprimir el artículo objeto de discusión si no era posible obtener un consenso.

²⁸ La disposición ha sido, en este sentido, objeto de polémicas pues podría incluso llegar a interpretarse como un retroceso con respecto a las disposiciones del DIH. Así, el lenguaje empleado en el párrafo 4 merece críticas, pues los Estados se comprometen a la adopción de “todas las medidas posibles”,

Incluso en ese contexto, la tendencia favorable a establecer con carácter general el límite de edad en los dieciocho años quedó expresada cuando, en el momento de la ratificación, algunos Estados, entre ellos España, hicieron declaraciones expresando su desacuerdo con el umbral de los quince años²⁹, en tanto que otros lo consideraron expresamente contrario al principio del interés superior del niño³⁰. Posteriormente, en el marco de la XXVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja celebrada en 1999, diversos Estados se comprometieron a respaldar la elevación del límite de edad para la participación en las hostilidades a los dieciocho años³¹.

Posteriormente, se adoptó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados (PFCND), que en algunos aspectos elevó el nivel de protección³². No obstante, la principal crítica que suscita el PFCND es la disociación entre la edad mínima para el reclutamiento y la participación en las hostilidades. Esa disociación se ha incorporado al enunciado de las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados Parte, que aceptan el límite de los 18 años de edad para el reclutamiento obligatorio y la participación directa en las hostilidades pero admiten la posibilidad del reclutamiento voluntario y la participación indirecta en las hostilidades entre los 16 y los 18 años quedando, no obstante, el reclutamiento voluntario sometido a un determinado régimen de garantías³³. Por el

supuestamente de conformidad con las obligaciones derivadas del DIH, cuando resulta que buena parte de sus disposiciones utilizan fórmulas más imperativas (Véanse, por ejemplo, los artículos 23.1, 24.1 y 50.2 del IV Convenio de Ginebra de 1949). Los párrafos 2 y 3 del artículo 38 enuncian genéricamente, para las diferentes situaciones de conflicto armado, las prohibiciones relativas a la participación directa en las hostilidades y el reclutamiento de niños y niñas menores de 15 años que contempla el Protocolo Adicional I. Sin embargo, no debe olvidarse que el Protocolo Adicional II incluye una prohibición reforzada en conflictos armados sin carácter internacional. El resultado último parece ser, como ha criticado Krill, la afirmación de dos pautas de conducta en una misma materia para las situaciones de conflicto armado sin carácter internacional (KRILL, F., “Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Controvertido artículo 38”, *Difusión*, nº 12, 1989, p. 12).

²⁹ Declaraciones realizadas por Colombia, España y Uruguay.

³⁰ Reservas y Declaraciones realizadas por Alemania y Austria.

³¹ Esta fue la posición de Bélgica, Canadá, Dinamarca, Finlandia, Guinea, Islandia, México, Mozambique, Noruega, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Uruguay.

³² Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, AG Res. 54/263 de 25 de mayo de 2000, entrado en vigor el 12 de febrero de 2002. En la actualidad, 168 Estados, entre ellos España, lo han ratificado.

³³ Las legislaciones nacionales muestran una tendencia mayoritaria a adoptar la edad mínima de 18 años para el reclutamiento obligatorio o conscripción. Según los datos que figuran en el primer índice mundial sobre niños soldado publicado por Child Soldiers International, siguen siendo más de 40 Estados los que practican el reclutamiento voluntario entre los 16 y 18 años de edad (Disponible en <http://childsoldiersworldindex.org/opac-status>).

En tal sentido, en el anteproyecto del Comité del Niño figuraba un artículo 2 en el que se enunciaba la obligación de los Estados partes de abstenerse de reclutar en sus fuerzas armadas a cualquier persona que no hubiera cumplido los 18 años de edad. En la negociación hubo, sin embargo, tres tipos de propuestas que condujeron a un abandono de dicho enfoque universalista; en particular, las que tendían directamente a una reducción del límite de edad de los 18 años (EEUU, Australia o Cuba), las que incidían en el carácter del reclutamiento y la necesidad de limitar únicamente el reclutamiento obligatorio (Países Bajos, Reino Unido o Australia) y las dirigidas a introducir cláusulas funcionales sobre los fines del reclutamiento prohibido (Japón, Suecia, Francia, México o Cuba). Como consecuencia de ello, el artículo 3 del PFCND establece la obligación de los Estados de elevar a más de 15 años la edad del reclutamiento voluntario -que

contrario, el PFCND prohíbe categóricamente que los grupos armados recluten a menores de 18 años o los utilicen en hostilidades. Como señalaba el observador de UNICEF, esta dicotomía de soluciones para las fuerzas armadas y los grupos armados suscita dudas sobre su compatibilidad con los principios de universalidad de los derechos humanos y no discriminación, ya que implica obligaciones humanitarias asimétricas para las partes estatales y no estatales y diferentes estándares de protección para los niños vigentes en una misma situación de conflicto armado³⁴. Desde un punto de vista práctico, también el CICR anticipaba consecuencias negativas, pues no cabe esperar que los agentes no estatales se sientan vinculados por una norma diferente a la que se impone a los Estados y no es seguro que la vayan a respetar³⁵.

También se aprecia una laguna importante en el PFCND en la medida en que no se ocupa del estatuto jurídico y las garantías para los niños que, habiendo participado directa o indirectamente en las hostilidades, sean capturados y queden en cualquier forma privados de libertad por tal motivo. Teniendo en cuenta las garantías que ya constan en el DIH -en particular, el reconocimiento de un estatuto especial para el niño capturado, internado o detenido y la interdicción de la pena de muerte³⁶-, hubiera sido necesario algún intento de codificación y desarrollo progresivo en la materia. En este aspecto, es también relevante el régimen de garantías previsto en el artículo 37 de la CDN cuando los niños queden privados de libertad por causas relacionadas con el conflicto, principalmente en las situaciones de

no es aplicable a las escuelas militares que las fuerzas armadas de los Estados Partes administren o tengan bajo su control- e introduce un régimen de garantías para este tipo de reclutamiento. Al respecto, OJINAGA RUIZ, R., “Niños soldado. Comentarios al Protocolo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados”, *Revista Española de Derecho Militar*, n° 80, 2002, pp. 41-104.

³⁴ Working group on a draft optional protocol to the Convention on the Rights of the Child on involvement of children in armed conflicts: Draft report on its sixth sesión, E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, 16 February 2000, pp. 27-28, para. 102. Un ejemplo evidente lo ofrece la situación de la República Democrática del Congo, que ratificó el PFCND el 11 de noviembre de 2001. Así, el Comité de los Derechos del Niño “reitera su profunda preocupación por que el Estado parte, por medio de sus fuerzas armadas, siga teniendo una responsabilidad directa en el reclutamiento y la utilización de cientos de niños en el conflicto armado (CRC/C/COD/CO/2, párr. 67). Al Comité le preocupa particularmente que, a pesar de que las FARDC fueron responsables del mayor número de niños reclutados en 2010, como informó el Secretario General de las Naciones Unidas (S/2010/369, párr. 19), y continúan reclutando y utilizando a niños, el Estado parte niegue la presencia de estos en sus fuerzas armadas. El Comité expresa seria preocupación por la presencia de niños en casi todas las brigadas de las FARDC, así como en la Guardia Republicana, que depende directamente del Presidente, y en la policía nacional, lo cual constituye una grave violación que impone al Estado el Protocolo Facultativo (Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 8, párrafo 1, del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, Doc. NNUU CRC/C/OPAC/COD/CO/1, 7 de marzo de 2012, para. 30).

³⁵ *Ibid.*, p. 29, par. 108.

³⁶ En conflictos armados internacionales, las principales garantías figuran en los artículos 75 y 77 del Protocolo Adicional I en relación con el artículo 3 común. En conflictos armados no internacionales no existe el estatuto de combatiente ni el estatuto de prisionero de guerra, ni están previstas garantías específicas para los internados civiles, de modo que las principales garantías se derivan del artículo 4 (3) del Protocolo Adicional II en relación con el artículo 3 Común. Al respecto, DUTLI, M.T., “Niños combatientes prisioneros”, *supra* nota 19. También en estos aspectos, el estudio del DIH consuetudinario, HENCKAERTS, J.-M. y DOSWALD-BECK, L., *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, *supra* nota 22.

conflicto armado no internacional³⁷, ya que el conjunto de las disposiciones del DIH aplicables en tales situaciones no garantiza una protección muy amplia al niño entre 15 y 18 años que resulte “capturado”.

Pese a sus deficiencias y lagunas, la entrada en vigor del PFCND ha ofrecido al Comité de los Derechos del Niño una base jurídica adicional al artículo 38 de la CDN para ejercer las funciones de control y promoción de los derechos del niño, teniendo en cuenta las experiencias de los niños y niñas soldado³⁸. Destaca, en este sentido, su tendencia a recomendar a los Estados parte que eleven la edad mínima para el reclutamiento hasta los 18 años en su Derecho interno³⁹. Partiendo de que el Comité de los Derechos del Niño es, en comparación con otros órganos convencionales de control de derechos humanos, el que ostenta un mandato más directo en relación con el DIH, el artículo 38 ocupa en dicha operación un lugar principal⁴⁰. En la práctica, cuando el DIH es potencialmente relevante el CDN incluye en sus observaciones finales una sección específica con recomendaciones al Estado Parte sobre la situación de conflicto armado. El umbral de su implicación oscila, en estos casos, entre una recomendación genérica de proteger a los niños de los efectos del conflicto armado y un examen detallado de las protecciones estipuladas en el DIH, como

³⁷ STAVRAKI, E., “La protection internationale des enfants en situation de conflit armé”, *Revue Hellenique de Droit International*, vol. 49, 1996, p. 149.

³⁸ Hubo propuestas en las que se ampliaban notablemente las funciones del Comité de los Derechos del Niño, poniendo a su disposición un procedimiento de investigación de oficio cuando existiesen indicios de que un Estado Parte practicaba el reclutamiento de niños o los utilizaba como soldados en contravención con las disposiciones del PFCND. Finalmente, se ha mantenido el simple procedimiento de información mediante la presentación de informes periódicos, previéndose la posibilidad de que el Comité pueda solicitar en cualquier momento información adicional a los Estados Parte (Propuesta de Canadá y Noruega, Working group on a draft optional protocol to the Convention on the Rights of the Child on involvement of children in armed conflicts: Draft report on its sixth sesión, E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, 16 de febrero de 2000, pp. 14-15).

³⁹ Por ejemplo, en el caso del Chad (Comité de los Derechos de Niño, Observaciones Finales, Chad, paras. 69, 71, U.N. Doc. CRC/C/TCD/CO/2, 30 de enero de 2009).

⁴⁰ WEISSBRODT, D., HANSEN, J.C., NESBITT, N.H., *The Role of the Committee on the Rights of the Child in Interpreting and Developing Humanitarian Law*, University of Minnesota Law School, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper n° 10-41, 2010.

Por ejemplo, en su Observación General N°6 (2005), sobre el trato a los menores no acompañados y separados de su familia fuera del país de origen, el Comité se refiere a la interpretación de las obligaciones derivadas del artículo 38 de la CDN. Afirma que “[a]nte todo los niños soldados se considerarán víctimas de un conflicto armado” y observa que “[c]omo el reclutamiento y la participación de menores en las hostilidades conlleva un grave riesgo de violaciones irreparables de los derechos humanos fundamentales, sobre todo el derecho a la vida, las obligaciones que imponen a los Estados el artículo 38 de la Convención y los artículos 3 y 4 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la participación de niños en los conflictos armados tienen efectos extraterritoriales”. Tras recordar a los Estados la necesidad de que en los procedimientos de obtención del asilo se tengan en cuenta la edad y el género, se concluye que “deberá otorgarse el estatuto de refugiado toda vez que exista el temor fundado de que el reclutamiento o la participación en las hostilidades responden a “motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas”. En el caso de las niñas, se observa de forma específica que “[d]eberán realizarse esfuerzos especiales para apoyar a las niñas que han formado parte de las fuerzas militares, como combatientes o en cualquier otro carácter, y facilitar su reintegración”, y se establece que “[l]os Estados elaborarán, en cooperación, en su caso, con los organismos internacionales y las ONG, un sistema general, adaptado a cada edad y género, de apoyo y asistencia psicológicos” (Doc. NNUU CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005).

sucede con Israel⁴¹. En cuanto a las referencias al respeto del DIH con inclusión de referencias específicas a la protección de las niñas asociadas a grupos armados y la violencia sexual, incluida la esclavitud sexual, destacan las observaciones del CDN en los casos de la República Democrática del Congo⁴², Sierra Leona⁴³, Burundi⁴⁴ e Indonesia⁴⁵. En otras muchas ocasiones, sin mencionar explícitamente el DIH pero al amparo del artículo 38 CDN, el Comité se ha referido específicamente al reclutamiento forzado⁴⁶, la violencia sexual⁴⁷ o la desmovilización de niños soldado⁴⁸.

Otro instrumento jurídico universal que ofrece una protección internacional específica a estos niños es el Convenio N° 182 de la OIT, pues contempla y prohíbe en su artículo 3 (a), entre las peores formas de trabajo infantil, el reclutamiento forzoso u obligatorio de menores de 18 años para utilizarlos en conflictos armados⁴⁹.

En el ámbito regional, el artículo 22 de la Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del

⁴¹ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, Israel, Doc. NNUU CRC/C/15/Add.195, 9 de octubre de 2002.

⁴² Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, República Democrática del Congo, Doc. NNUU CRC/C/OPAC/COD/CO/1, 7 de marzo de 2012.

⁴³ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, Sierra Leona, Doc. NNUU CRC/C/OPAC/SLE/CO/1, 14 de octubre de 2010.

⁴⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, Burundi, Doc. NNUU CRC/C/15/Add.133, 6 de octubre de 2000.

⁴⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, Indonesia, Doc. NNUU, CRC/C/15/Add.223, 26 de febrero de 2004.

⁴⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, Eritrea, Doc. NNUU CRC/C/48/3, 6 de junio de 2008, para. 70; Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, Colombia, Doc. NNUU, CRC/C/COL/CO/3, 2 de junio de 2006, para. 80; Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, Uganda, Doc. NNUU CRC/C/UGA/CO/2, 20 de septiembre de 2005, para. 67; Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, Doc. NNUU CRC/C/15/Add.260, 3 de junio de 2005, para. 81; Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, Filipinas, Doc. NNUU CRC/C/15/Add.258, 3 de junio de 2005, para. 75; Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, Liberia, Doc. NNUU DCRC/C/15/Add.236, 4 de junio de 2004, para. 58; Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, Pakistan, Doc. NNUU CRC/C/15/Add.217, 3 de octubre de 2003, para. 67; Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, Paraguay, Doc. NNUU CRC/C/15/Add.166, 12 de octubre de 2001, para. 45; Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, Colombia, Doc. NNUU CRC/C/15/Add.137, 6 de octubre de 2000, para. 54; Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, Sierra Leone, Doc. NNUU CRC/C/15/Add.116, 28 de enero de 2000, para. 70.

⁴⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, Colombia, Doc. NNUU CRC/C/COL/CO/3, 2 de junio de 2006, para. 50; Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, Liberia, Doc. NNUU CRC/C/15/Add.236, 4 de junio de 2004, para. 58.

⁴⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, Guinea-Bissau, Doc. NNUU CRC/C/15/Add.177, 7 de junio de 2002, para. 49; Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, Comoras, Doc. NNUU CRC/C/15/Add.141, 6 de octubre de 2000, para. 46; Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, Sierra Leona, Doc. NNUU CRC/C/15/Add.116, 28 de enero de 2000, para. 73.

⁴⁹ Convenio N° 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, 17 de junio de 1999, 2133. U.N.T.S. 16 (entrado en vigor el 19 de noviembre de 2000). A este respecto, cabe añadir que también la CDN reconoce, en su artículo 32 (1), al menor de 18 años el derecho “a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”.

Niño, establece para los Estados Parte la obligación de no reclutar a menores de 18 años y adoptar las medidas necesarias para garantizar que no participen directamente en hostilidades⁵⁰. También se contempla en este instrumento la creación de un Comité de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño⁵¹.

III. EL CRIMEN DE RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y USO DE MENORES DE 15 AÑOS PARA PARTICIPAR ACTIVAMENTE EN HOSTILIDADES

Las prohibiciones sobre el reclutamiento y la participación de niños y niñas en conflictos armados han quedado reforzadas con la tipificación del crimen internacional de reclutamiento, alistamiento y uso para participar activamente en hostilidades de menores de 15 años. Aunque existió un amplio consenso entre los Estados participantes en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional sobre la inclusión de un tipo penal específico en esta materia, su contenido fue objeto de un intenso debate durante las negociaciones⁵². Finalmente, los artículos 8 (2) (b) (xxvi) y 8 (2) (e) (vii) tipifican como crimen de guerra en conflictos armados internacionales y conflictos armados no internacionales, respectivamente, el hecho de:

“Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”.

“Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades”⁵³

También el artículo 4 (c) del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) incluye un crimen similar en la categoría de las infracciones graves del DIH consistente en:

“Conscripting or enlisting children under the age of 15 years into armed forces or groups or using them to participate actively in hostilities”⁵⁴.

Tanto la prohibición como la criminalización del reclutamiento y uso para participar activamente en hostilidades de menores de quince años han adquirido carácter

⁵⁰ Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño, OAU Doc. CAB/ LEG/67/3 rev.5, 11 de julio de 1990, (entrada en vigor el 29 de noviembre de 1999).

⁵¹ Artículos 32 y ss.

⁵² Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, A/CONF.183/2, 14 de abril de 1998, pp. 24-25.

⁵³ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, 2187 U.N.T.S. 3 (entrado en vigor el 1 de julio de 2002).

⁵⁴ Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona acerca del Establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona (Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the establishment of the Special Court of Sierra Leone, 16 January 2002, 2178 U.N.T.S. 138).

consuetudinario, como se constata en el estudio del CICR⁵⁵ y tuvo ocasión de afirmar el TESL en el *Caso Hinga Norman*⁵⁶.

Como puede observarse, en relación con los elementos materiales del tipo (*actus reus*), la única diferencia que se aprecia en la definición del crimen en conflictos armados internacionales y en conflictos armados no internacionales radica en la referencia a las “fuerzas armadas nacionales”⁵⁷ y “las fuerzas armadas o grupos”, respectivamente. Aunque esta exigencia no aparece explícitamente en su Estatuto⁵⁸, la CPI y el TESL han asumido la posición del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la antigua Yugoslavia en el *Caso Tadic* sobre la definición del conflicto armado no internacional y la noción de grupos armados organizados con un mando responsable⁵⁹.

Asimismo, pese a los desarrollos jurisprudenciales, subsiste el debate sobre diversos aspectos de importancia en la configuración del crimen de reclutamiento, alistamiento o uso para participar activamente en hostilidades de menores de quince años⁶⁰. Una primera

⁵⁵ HENCKAERTS, J.M., y DOSWALD-BECK, L., (eds), *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, supra nota 22, pp. 546-552.

⁵⁶ *The Prosecutor v Samuel Hinga Norman*, Case No. SCSL-2004-14-AR729E, Decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment), Appeals Chamber, 31 de mayo de 2004, para. 53). También en el Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona se consideraba que los crímenes de competencia del Tribunal “tenían tal carácter con arreglo al derecho internacional consuetudinario en el tiempo en que presuntamente se cometieron” (Doc. NNUU S/2000/915, 4 de octubre de 2000, para. 12). No obstante, aunque no se discute la conclusión sobre el carácter consuetudinario del crimen existen desacuerdos en cuanto al momento de la cristalización. Así, si bien el TESL sostuvo que la tipificación del crimen había adquirido carácter consuetudinario antes de la adopción del Estatuto de la CPI, es más amplia la opinión de que “if the provisions on child recruitment in the Rome Statute reflect customary international law it is not because they codified existing customary rules. Rather, the negotiation and adoption of the Statute had a crystallising effect, transforming rules *in statu nascendi* into *lex lata*” (HAPPOLD, M., “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, Happold, M., *The Legal Regime of the International Criminal Court*, Nijhof, 2009, pp. 579-607; SCHABAS, W.A., “The Rights of the Child, Law of Armed Conflict and Customary International Law: A Tale of Two Cases”, en Arts, K., Y Popovski, V., (eds), *International Criminal Accountability and the Rights of Children*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 34-35).

⁵⁷ En relación con el significado del término “nacional”, la Sala de Cuestiones Preliminares en el Caso Lubanga sostuvo que el termino fuerzas armadas nacionales no se encuentra limitado a las fuerzas armadas del Estado (ICC, *The Prosecutor V. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber, 29 January 2007, paras, 275-281 y 284-285).

⁵⁸ Respecto al concepto de grupos armados, hay que tener en cuenta que en virtud del artículo 8 (2) (f) quedaría limitado a los grupos armados dotados de un mínimo de organización, sin que el Estatuto de la CPI imponga la prueba de otros requisitos adicionales tales como la existencia de un mando responsable (ZIMMERMANN, A., “War Crimes”, en Triffterer, O., y Ambos, K., (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3ª ed., Beck, C.H., Hart, Nomos, 2016).

⁵⁹ *The Prosecutor v Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de octubre de 1995, para. 70; ICTR, *The Prosecutor v Akayesu*, Case No ICTR-96-1-T, Trial Chamber, Judgment, 2 de septiembre de 1998, para. 620.

⁶⁰ ALFONSO, C., “El crimen de reclutamiento y utilización de niños soldados en el primer fallo de la Corte Penal Internacional”, Ambos, K., Malarino, E., Steiner, Ch., *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el Caso Lubanga*, Konrad Adenauer Stiftung, CEDPAL, 2014, pp. 155-176; HAPPOLD, M. “Child Recruitment as a Crime ...”, supra nota 58; McBRIDE, J., *The War Crime of Child Soldier Recruitment*, Srping, Asser Press, 2014.

cuestión que suscitaría la interpretación de los artículos 8 (2) (b) (xxvi) y 8 (2) (e) (vii) del Estatuto de la CPI consiste en determinar si nos encontramos ante diferentes conductas constitutivas de un mismo tipo de crimen⁶¹ -reclutamiento, alistamiento y uso para participar activamente en hostilidades- o se trata de dos⁶² o tres crímenes referidos en una misma disposición⁶³. Asumiendo que se trata de tres conductas integradas en un tipo mixto alternativo, la determinación de su alcance específico, la relación existente entre ellas y su relación con otros crímenes contemplados en el Estatuto de la CPI, precisarían de un mayor desarrollo y clarificación.

Otra cuestión controvertida es si la noción de participación activa en las hostilidades que figura en las disposiciones del Estatuto de la CPI responde al mismo criterio interpretativo que la noción de participación directa en hostilidades que figura en las normas del DIH o tiene un significado más amplio, siendo esta última la interpretación establecida en la jurisprudencia internacional.

En el documento sobre los elementos de los crímenes, se especifica además un elemento subjetivo (*mens rea*), al exigirse que “[t]he perpetrator knew or should have known that such persons were under the age of 15 years”. Conviene recordar, en tal sentido, que el artículo 30 del Estatuto de la CPI establece con carácter general que, salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento. En la práctica, la CPI ha integrado ambos estándares en el sentido de considerar que la regla general del artículo 30 es aplicable en relación con la existencia de conflicto armado y el nexo entre el crimen y el conflicto armado, en tanto que el criterio específico anteriormente mencionado se aplica en relación con el factor de la edad de quince años⁶⁴.

⁶¹ SCSL, *The Prosecutor v. Norman*, Case No. SCSL-2004-14-AR72, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), Appeals Chamber, 31 de mayo de 2004, para. 8; SCSL, *The Prosecutor v. Fofana and Kondewa (CDF)*, Case No. SCSL-04-14-T, Judgment, Appeals Chamber, 28 de mayo de 2008, p. 139. También en este sentido, AMBOS, K., “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga) un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, *Revista para el Análisis del Derecho*, n° 3, 2012; JORGENSEN, N., “Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 11, n° 4, 2012, pp. 657-688, p. 657; HAPPOLD, M., “Child Recruitment as a Crime...”, supra nota 58, p. 7.

⁶² *The Prosecutor v. Norman*, Case No. SCSL-2004-14-AR72, Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), Appeals Chamber, 31 de mayo de 2004, Dissenting Opinion of Justice Robertson, para 5. Al respecto, SIVAKUMARAN, S., “War Crimes Before the Special Court of Sierra Leona. Child Soldiers, Hostages, Peacekeepers and Collective Punishments”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, n° 4, 2010, pp. 1009-1034, p. 1019.

⁶³ *The Prosecutor v. Brima et al. (AFRC)*, Case No. SCSL-2004-16-T, Judgement, Trial Chamber II, 19 de julio de 2007, para. 1260. Al respecto, TAN, J., “Sexual Violence Against Children on the Battlefield as a Crime of Using Child Soldiers: Square Pegs in Round Holes and Missed Opportunities in *Lubanga*”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 15, 2012, pp. 117-157, p. 118.

⁶⁴ *The Prosecutor V. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber, 29 de enero de 2007, para. 359. McBRIDE, J., *The War Crime of Child Soldier Recruitment*, supra nota 62.

El *Caso Lubanga* constituyó la primera causa suscitada por este crimen ante la Corte Penal Internacional⁶⁵. No obstante, la primera condena ante un tribunal penal internacional por esta misma conducta criminal se produjo en el procedimiento ante el TESL en el *Caso AFRC* en 2007⁶⁶. Antes, incluso, se había iniciado el primer procedimiento penal internacional bajo esta acusación en el *Caso CDF*⁶⁷, que daría lugar a una importante decisión de este tribunal en el año 2004 en el procedimiento contra Hinga Norman⁶⁸ y también a la posterior condena de Fofana y Kondewa en 2007⁶⁹.

1.- Reclutamiento, alistamiento y violencia sexual

El término reclutamiento es comúnmente considerado como un término genérico en el que se incluyen las diversas formas de incorporación -ya sea voluntaria, obligatoria en virtud de la ley (conscripción) o forzosa- de personas a las fuerzas armadas o grupos armados⁷⁰. La noción de reclutamiento es utilizada tanto en las normas del DIH como en el artículo 38 CDN, y se mantuvo en el PFCDN⁷¹. Aunque el término figuraba también

⁶⁵ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC.01/04-01/06-2842, Trial Chamber I, Judgement pursuant to Article 74 of the Statute, 14 de marzo de 2012; ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06-3122, Judgment on the appeals of the Prosecutor and Mr Thomas Lubanga Dyilo against the “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute”, Appeals Chamber, 1 de diciembre de 2014. Al respecto, AMBOS, K., MALARINO, E., STEINER, Ch., *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el Caso Lubanga*, Konrad Adenauer Stiftung, CEDPAL, 2014; DRUMBL, M.A., “Prosecutor V. Thomas Lubanga Dyilo. Décision sur la confirmation des charges. Case No. ICC-01/04-01/06”, *The American Journal of International Law*, vol. 101, n° 4, 2007, pp. 841-848, p. 846; GRAF, R., “The International Criminal Court and Child Soldiers: An Appraisal of the Lubanga Judgment”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, n° 4, 2012, pp. 945-969, p. 968.

⁶⁶ *The Prosecutor v. Brima et al.*, (AFRC), Case No. SCSL-2004-16-T, Judgement, Trial Chamber II, 20 de junio de 2007; *The Prosecutor v. Brima et al.* (AFRC), Case No. SCSL-2004-16-T, Judgement, Trial Chamber II, 19 de julio de 2007; *The Prosecutor v. Brima et al.*, Case No. SCSL-2004-16-A, Judgment, Appeals Chamber, 22 de febrero de 2008.

⁶⁷ *The Prosecutor v. Norman et al.* (CDF), Indictment, Case No. SCSL-03-14-I, 4 de febrero de 2004.

⁶⁸ *The Prosecutor v. Norman*, Case No. SCSL-2004-14-AR72, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), Appeals Chamber, 31 de mayo de 2004.

⁶⁹ *The Prosecutor v. Fofana and Kondewa.* (CDF), Case No. SCSL-04-14-T, Judgment, Trial Chamber I, 2 de Agosto de 2007; SCSL, *The Prosecutor v. Fofana and Kondewa* (CDF), Case No. SCSL-04-14-T, Judgment, Appeals Chamber, 28 de mayo de 2008.

⁷⁰ La noción de reclutamiento ha sido definida en los siguientes términos: “[it] [r]efers to the ways in which people become members of armed forces or groups. Recruitment can be compulsory, voluntary and/forced. Compulsory recruitment is usually known as conscription, whereby some citizens are required by law to join the armed forces for a certain period of time. Voluntary recruitment is usually regulated by law or via policy of the armed forces, though it also refers to situations in which a person is enlisted or joins an armed group without the use of force. Forced recruitment entails the illegal use of force (for instance, in the form of abduction or under any other act of duress). The lines between compulsory, voluntary and forced recruitment are often blurred. Children may be subjected to various political and economic pressures that provide them with few alternatives to joining armed forces or armed groups” (ZAYED, T., CONRADI, C., y BREAU, J., *Child Soldiers: A Handbook for Security Sector Actors*, 2ª, The Roméo Dallaire Child Soldiers Initiative, 2014, p. 89). DÖRMANN, K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, ICRC, Cambridge University Press, 2003, p. 377).

⁷¹ Aunque el concepto de reclutamiento presentaba dificultades, por la diversidad de los sentidos que se le atribuyen en los diferentes idiomas, se impuso frente a otros términos alternativos como los de conscripción,

en los trabajos preparatorios del Estatuto de la CPI, fue sustituido por los de conscripción y alistamiento, en la versión inglesa, en virtud de una enmienda presentada por los Estados Unidos, aparentemente para reforzar la tipificación, pues se consideraba que el reclutamiento era un concepto más limitado al evocar una política activa de incorporación de personas a las fuerzas armadas o grupos armados⁷². Un lenguaje similar se proyectó, posteriormente, al Estatuto del TESL. Debe observarse, no obstante, que la versión española utiliza el término reclutamiento en lugar del de conscripción en las versiones inglesa o francesa del Estatuto de la CPI⁷³.

Los primeros casos de enjuiciamiento de este crimen han estado presididos por una cierta confusión terminológica. No obstante, ya en el *Caso Lubanga* la CPI equipara la noción de reclutamiento -conscripción en la versión inglesa- con la incorporación al grupo de forma coercitiva y la noción de alistamiento con la incorporación voluntaria. En este sentido, el documento de política relativa a los niños de la Fiscalía de la CPI precisa que “[e]l elemento de coacción necesario para el crimen de reclutamiento puede establecerse demostrando que el niño se incorporó a la fuerza armada o al grupo armado debido, entre otras cosas, a una obligación legal, a la fuerza bruta, a la amenaza de fuerza o a la presión psicológica que llega a ser coacción”⁷⁴. El TESL determinó que el secuestro era una forma particularmente atroz de reclutamiento⁷⁵. En teoría, el alistamiento también puede ser

alistamiento, enrolamiento, admisión e inscripción (Informe del Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados, E/CN.4/1995/96, 10 de febrero de 1995, par. 28).

⁷² VON HEBEL, H., y ROBINSON, D., “Crimes within the Jurisdiction of the Court” en Lee, R.S., (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, p. 118. La única aclaración que ofrecen los informes del Comité de Redacción se refiere a que la fórmula finalmente empleada, conscripción y alistamiento, “apunta a incorporar los principios esenciales contenidos en el derecho internacional aceptado utilizando al mismo tiempo expresiones que reflejen la responsabilidad penal individual en contraposición a la responsabilidad estatal” (Informe del Comité Preparatorio para el Establecimiento de una Corte Penal, A/CONF.183/Add. 1, 14 de abril de 1998, p. 20).

⁷³ Asimismo, parece que la extensión de la noción de conscripción tanto al enrolamiento obligatorio en virtud de la ley como al forzado se explica por la necesidad de cubrir las situaciones de conflicto armado no internacional, como defendió el TESL en el *Caso AFRC*: ‘Conscription’ implies compulsion, in some instances through the force of law. While the traditional meaning of the term refers to government policies requiring citizens to serve in their armed forces the Trial Chamber observes that Article 4(c) allows for the possibility that children be conscripted into “[armed] groups”. While previously wars were primarily between well-established States, contemporaneous armed conflicts typically involve armed factions which may not be associated with, or acting on behalf, a State. To give the protection against crimes relating to child soldiers its intended effect, it is justified not to restrict ‘conscription’ to the prerogative of States and their legitimate Governments, as international humanitarian law is not grounded on formalistic postulations. Rather the Trial Chamber adopts an interpretation of ‘conscription’ which encompasses acts of coercion, such as abductions and forced recruitment, by an armed group against children, committed for the purpose of using them to participate actively in hostilities [...] (*The Prosecutor v. Brima et al.*, (AFRC), Case No. SCSL-2004-16-T, Judgement, Trial Chamber II, 20 de junio de 2007, para. 734).

⁷⁴ CPI, Oficina del Fiscal, Documento de Política Relativa a los Niños (15 de noviembre de 2016), para. 41. Disponible en https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/20161115_OTP_ICC_Policy-on-Children_Spa.PDF.

⁷⁵ *Prosecutor v. Brima et al.* (AFRC), Case No. SCSL-04-16-T, “Judgement”, 20 de junio de 2007, para. 1276.

voluntario o coercitivo⁷⁶, pero como aparece enunciado de forma alternativa con la conscripción, se utiliza en el marco del Estatuto de la CPI como referido al alistamiento voluntario.

"The Rome Statute prefers the terms 'conscripting' and 'enlisting' to 'recruitment'. In light of the foregoing, the Chamber holds the view that 'conscripting' and 'enlisting' are two forms of recruitment, 'conscripting' being forcible recruitment, while 'enlisting' pertains more to voluntary recruitment [...]"

It follows therefore that enlisting is a "voluntary" act, whilst conscripting is forcible recruitment. In other words, the child's consent is not a valid defence"⁷⁷.

Como puede deducirse, toda forma de incorporación de menores de quince años a las fuerzas o grupos armados, ya sea coercitiva o voluntaria -"and whether as the result of governmental policy, individual initiative or acquiescence in demands to enlist" -, queda incluida en el tipo penal. La jurisprudencia internacional ha afirmado, así, el carácter absoluto del principio que criminaliza el reclutamiento o alistamiento por debajo de este límite de edad, dado que el consentimiento del niño menor de quince años no constituye una defensa válida. En este sentido, se considera que el objetivo del Estatuto CPI es proteger al menor de quince años incluso frente a la falta de información o alternativas. En consecuencia, la distinción entre reclutamiento y alistamiento tiene una relevancia relativa⁷⁸, y es posible concluir que "la interacción entre alistamiento (voluntario) y reclutamiento (forzoso) evita cualquier laguna de punibilidad ya que, independientemente de la forma en la cual el niño llega a formar parte del grupo armado (voluntaria o no),

⁷⁶ *The Prosecutor v. Fofana and Kondewa. (CDF)*, Case No. SCSL-04-14-T, Judgment, Trial Chamber I, 2 de Agosto de 2007, para. 192). Posteriormente, sin embargo, el TSSL ha asumido el mismo criterio utilizado por la CPI en el *Caso Lubanga*: '[c]onscription' encompasses any acts of coercion, such as abductions and forced recruitment of children [...] Conscription and enlistment are both types of recruitment, and while conscription involves an element of express compulsion or coercion, this element is absent in enlistment" (*The Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-03-01-T, Judgment, Trial Chamber, 18 de mayo 2012, para. 442; *The Prosecutor v. Brima et al., (AFRC)*, Case No. SCSL-2004-16-T, Judgement, Trial Chamber II, 20 de junio de 2007, para. 734-735; *The Prosecutor v. Fofana and Kondewa. (CDF)*, Case No. SCSL-04-14-T, Judgment, Trial Chamber I, 2 de Agosto de 2007, para. 140, 144; SCSL, *The Prosecutor v. Sesay et al., (RUF)* Case No. SCSL-04-15-T, Judgment, Trial Chamber I, 2 de marzo de 2009, para. 184.

⁷⁷ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06-803-tEN, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, 29 de enero de 2007, para. 246-247; *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC.01/04-01/06-2842, Trial Chamber I, Judgement pursuant to Article 74 of the Statute, 14 de marzo de 2012, para. 607. AMBOS ha defendido la conformidad de esta interpretación jurisprudencial con el diccionario *Black's Law*, si bien ha reprochado a la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI el hecho de no haber realizado un análisis más detallado de la cuestión recurriendo al estudio del comparado de acuerdo con el artículo 21 (1) (c) del Estatuto de la CPI ("La primera decisión de confirmación de la Corte Penal Internacional", KOTSALIS, L., COURAKIS, N., MYLONOPOULOS Ch. (eds.), *Libro homenaje a Argyrios Korros*, Atenas, Sakkuas, 2010, pp. 989-990).

⁷⁸ *The Prosecutor v. Fofana and Kondewa (CDF)*, Case No. SCSL-04-14-T, Judgment, Appeals Chamber, 28 de mayo de 2008, Partially Dissenting Opinion of Justice Winter, p. 11; *The Prosecutor v. Fofana and Kondewa. (CDF)*, Case No. SCSL-04-14-T, Judgment, Trial Chamber I, 2 de Agosto de 2007, para. 192; *The Prosecutor v. Brima et al., (AFRC)*, Case No. SCSL-2004-16-T, Judgement, Trial Chamber II, 20 de junio de 2007, para. 735; *The Prosecutor v. Sesay et al., (RUF)* Case No. SCSL-04-15-T, Judgment, Trial Chamber I, 2 de marzo de 2009, para. 187.

esta es cubierta por el delito”⁷⁹. La reciente sentencia en el caso Ntaganda, aporta una referencia explícita a los motivos que, con frecuencia, subyacen en el alistamiento de estos menores:

“The motives of those who joined voluntarily included the loss of their parents and the need to seek refuge for lack of other options, as well as a desire to avenge family members’ deaths”⁸⁰

Aunque cabría suponer que la definición del crimen entraña la realización del acto administrativo consistente en incluir el nombre del niño en una lista y enrolarlo oficialmente, la jurisprudencia confirma que la conducta criminal comprende todo proceso, tanto formal como informal, por el cual el niño es aceptado como parte del grupo armado. La cuestión es importante, sobre todo en relación con los grupos armados no estatales, que no suelen contar con procesos formales de reclutamiento o alistamiento⁸¹. Así, la Sala de Primera Instancia del TESL interpretó en el *Caso Taylor*:

“Enlistment need not be a formal process, and may include “any conduct accepting the child as part of the [armed group]”⁸²

La comisión del crimen es independiente del número de niños que hayan sido víctimas de la conducta criminal⁸³. En cualquiera de sus formas -reclutamiento o alistamiento- tiene un carácter permanente y cesa cuando el niño sale del grupo -ya sea porque

⁷⁹ AMBOS, K., “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga) un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, supra nota 63, p. 21.; DAL MASO, T., “Crimes de Guerra”, De Figueiredo Steiner, S.H., Caldeira Brant, L.N., *O Tribunal Penal Internacional: comentários ao estatuto de Roma*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2016, pp. 195-230.

⁸⁰ *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Case No. ICC-01/04-02/06, 8 de julio de 2019, para. 350.

⁸¹ Se han ofrecido algunos ejemplos como los siguientes: “[r]eligious initiation, military training and the signing of a certificate declaring a child fit for combat may all be acts that substantially further a child’s enlistment” (*The Prosecutor v. Fofana and Kondewa (CDF)*, Case No. SCSL-04-14-T, Judgment, Appeals Chamber, 28 de mayo de 2008, Partially Dissenting Opinion of Justice Winter, para. 12)

⁸² *The Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-03-01-T, Judgment, Trial Chamber, 18 de mayo de 2012; para. 442; *The Prosecutor v. Brima et al., (AFRC)*, Case No. SCSL-2004-16-T, Judgement, Trial Chamber II, 20 de junio de 2007, para. 734-735; SCSL, *The Prosecutor v. Fofana and Kondewa. (CDF)*, Case No. SCSL-04-14-T, Judgment, Trial Chamber I, 2 de Agosto de 2007, para. 140, 144; SCSL, *The Prosecutor v. Sesay et al., (RUF)* Case No. SCSL-04-15-T, Judgment, Trial Chamber I, 2 de marzo de 2009, para. 184.

También la Sala de Apelaciones del TESL sostuvo en el caso CDF: “[i]n the context of this case, in which the armed group is not a conventional military organisation, “enlistment” cannot narrowly be defined as a formal process. The Appeals Chamber regards “enlistment” in the broad sense as including any conduct accepting the child as a part of the militia. Such conduct would include making him participate in military operations [...] on this occasion the initiates had taken the first step in becoming fighters. Consequently, the Trial Chamber found that when Kondewa was initiating the boys, he was also “performing an act analogous to enlisting them for active military service” (*The Prosecutor v. Fofana and Kondewa (CDF)*, Case No. SCSL-04-14-T, Judgment, Appeals Chamber, 28 de mayo de 2008, para. 144).

⁸³ La Sala de Apelaciones del TSSL sostuvo al respecto: “the crime of enlisting children under the age of 15 years into armed forces or groups and of using them to participate actively in hostilities may be committed irrespective of the number of children enlisted by the accused person” (*The Prosecutor v. Fofana and Kondewa (CDF)*, Case No. SCSL-04-14-T, Judgment, Appeals Chamber, 28 de mayo de 2008, para. 125).

abandona las fuerzas o grupos armados, porque es desmovilizado, desvinculado o liberado-, o alcanza los quince años de edad⁸⁴.

2. Uso, participación activa y participación directa en las hostilidades

La tercera de las conductas criminales contemplada en los artículos 8 (2) (b) (xxvi) y 8 (2) (e) (vii) del Estatuto de la CPI consiste en el uso de menores de quince años para participar activamente en las hostilidades. La principal cuestión suscitada es la delimitación del concepto de participación activa en relación con el concepto de participación directa en las hostilidades que utilizan las normas del DIH.

En el DIH el concepto de hostilidades figura en los artículos 43 (2) y 51 del Protocolo Adicional I y se identifica con los actos de guerra que, por su índole o finalidad, estén destinados a atacar al personal y material de las fuerzas armadas del adversario⁸⁵. En esta noción quedarían comprendidos los preparativos para el combate y el regreso del combate⁸⁶. En el caso de civiles que utilizan un arma, su participación en hostilidades cubre también el tiempo durante el cual la portan⁸⁷ y en el que cometan actos hostiles sin usar el arma⁸⁸. La participación directa en las hostilidades implica la existencia de “un nexo causal entre la actividad ejercida y los daños inflingidos al enemigo en el momento en que se ejerce esta actividad y en el lugar donde se ejerce”⁸⁹, identificándose pues con “los actos de guerra que por su carácter u objetivo tienen por fin causar concretamente estragos en el personal y el material de las fuerzas armadas contrarias”⁹⁰. Esta interpretación que figura en los comentarios a los Protocolos Adicionales de 1977 ha quedado, posteriormente, desarrollada en la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades*, elaborada bajo los auspicios del CICR. En ella, se establecen tres criterios generales para determinar cuándo se produce una participación directa en las hostilidades: el umbral del daño, la relación de causalidad directa entre la conducta y el daño resultante, y el nexo beligerante⁹¹.

⁸⁴ Tanto la CPI como el TESL han afirmado “that the crime of enlisting and conscripting is an offence of a continuing nature, referred to by some courts as a 'continuous crime' and by others as a 'permanent crime'. The crime of enlisting or conscripting children under the age of fifteen years continues to be committed as long as the children remain in the armed groups or forces and consequently ceases to be committed when these children leave the groups or reach age fifteen” (*The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06-803-tEN, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, 29 de enero de 2007, para 248; *The Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-03-01-T, Judgment, Trial Chamber, 18 de mayo de 2012).

⁸⁵ SANDOZ, Y., SWINARSKI, Ch., y ZIMMERMANN, B. (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 ...*, supra nota 17, p. 619. Actas de la Conferencia Diplomática de 1974-1977, Vol. XIV, CICR, CDDH/III/SR.2, p. 16.

⁸⁶ Actas de la Conferencia Diplomática de 1974-1977, Vol. XV, CICR, CDDH/III/224, p. 32.

⁸⁷ Artículo 45 del Protocolo Adicional I y Artículo 13 del Protocolo Adicional II.

⁸⁸ SANDOZ, Y., SWINARSKI, Ch., y ZIMMERMANN, B. (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977*, supra nota 17, p. 1380.

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 522 y 633.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ MELZER N., *Guía para la interpretación de la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*, CICR, 2010. También, en relación con el estudio del DIH consuetudinario, véase el comentario a la Norma 6 (HENCKAERTS, J-M. y DOSWALD-BECK, L., *El*

La diferenciación entre participación directa y participación indirecta que figura en las normas del DIH en la materia –y, por extensión en la CDN y el PFCDN- ha constituido uno de los aspectos más criticados de estos instrumentos, pues menoscaba la protección del niño y adolece de una gran imprecisión⁹². Así, se tiende a considerar que la participación indirecta consistiría en actos como la búsqueda y transmisión de información militar -esto es, transmisión de mensajes, espionaje o sabotaje-, el transporte de armas y municiones, el abastecimiento o la detección y limpieza de minas. Sin embargo, en los manuales militares de algunos Estados el hecho de servir de guardián, agente secreto o vigia a favor de las fuerzas armadas se considera participación directa⁹³; o se considera, en la práctica, que los civiles que actúan como espías, correos u operadores pierden su protección contra los ataques⁹⁴. En realidad, ambas formas de participación -e incluso la asociación o el hecho de acompañar al grupo armado para otros fines- pueden acarrear para los niños peligros derivados de las hostilidades. En este sentido, la posición del CICR ha consistido en afirmar, sobre la base del artículo 4 (3) (c) del Protocolo Adicional II, relativo a las garantías fundamentales, que la intención de los redactores de estas disposiciones era mantener a los menores de quince años fuera del conflicto y que, consecuentemente, no deberían ser utilizados tampoco para participar de forma indirecta⁹⁵.

Esta es la orientación adoptada en el Estatuto de la CPI, pues se criminaliza la conducta relativa al uso de menores de quince años para participar activamente en las hostilidades considerándola inclusiva tanto de la participación directa -actividades de combate- como de la participación indirecta -otras actividades de apoyo relacionadas con las hostilidades-. Los trabajos preparatorios ofrecen orientación sobre el sentido atribuido a la expresión por los Estados negociadores:

“Los términos "utilizar" y "participar" se han adoptado a fin de abarcar tanto la participación directa en el combate como la participación activa en actividades militares relacionadas con el combate, como la exploración, el espionaje, el sabotaje y la utilización de niños como señuelos, correos o en controles militares. No quedarían abarcadas las actividades que claramente no

Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, supra nota 22, pp. 23-27). Al respecto, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “La pérdida de inmunidad de las personas civiles por su participación directa en las hostilidades”, *Cuadernos de Estrategia*, n° 160, 2013, pp. 165-208; Taller “Participación directa de las personas civiles en las hostilidades”, en XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 2007; QUÉGUINER, J.F., “Participación directa en las hostilidades con arreglo al derecho internacional humanitario”, Anexo I al documento *El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos*, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 2003; SCHMITT, M.N., “Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, n° 3, 2010, pp. 697-739.

⁹² Durante las negociaciones la delegación italiana pidió que se estableciera una interpretación auténtica con el fin de aclarar la noción, pero esta iniciativa no prosperó (Working group on a draft optional protocol to the Convention on the Rights of the Child on involvement of children in armed conflicts: Draft report on its sixth sesión, UN Doc. E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 29, para. 116).

⁹³ Así sucede en los casos de Estados Unidos y Ecuador (HENCKAERTS, J.-M. y DOSWALD-BECK, L., *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, supra nota 22, p. 25).

⁹⁴ Caso de Filipinas (*ibid.*).

⁹⁵ SANDOZ, Y., SWINARSKI, Ch., y ZIMMERMANN, B. (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977...*, supra nota 17, p. 925.

guardan relación con las hostilidades, como la entrega de alimentos a una base aérea o el uso de servicio doméstico en el hogar de un oficial. Sin embargo, la utilización de niños en funciones de apoyo directo, por ejemplo, como portadores de suministros hasta el frente, o en actividades en el propio frente, quedaría incluida en esos términos”⁹⁶.

Esta aproximación fue confirmada tanto por la CPI en el *Caso Lubanga*⁹⁷ como por el TESL en el *Caso AFRC*⁹⁸. Así pues, el elemento material de la participación activa en el tipo penal parece un concepto más amplio que el de participación directa e incluye actividades que comúnmente se califican como participación indirecta. En este sentido, si bien tiende a considerarse que el artículo 77 (2) del Protocolo Adicional I constituye la base de la tipificación realizada en el Estatuto de la CPI⁹⁹, parece evidente la influencia de la prohibición reforzada de toda forma de participación que figura en el artículo 4 (3) (c) del Protocolo Adicional II en la configuración de este “nuevo crimen” en el marco del proceso de adopción del Estatuto de la CPI¹⁰⁰.

Según la posición adoptada por la CPI en el *Caso Lubanga*, también las actividades que supongan participación indirecta en las hostilidades quedarían criminalizadas en tanto

⁹⁶ Informe del Comité Preparatorio para el Establecimiento de una Corte Penal, A/CONF.183/Add. 1, 14 de abril de 1998, p. 20. También el término “uso” que incorpora el Estatuto es considerado como “proof of the wish of the drafters of the ICC Statute to prohibit the direct/active participation of children in hostilities in more general terms rather than in a combat only” (QUÉNIVET, N., “Girl Soldiers and Participation in Hostilities”, *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 30, 2007; JORGENSEN, N.H.B., “Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law”, *Chinese Journal of International Law*, n° 11, 2012, pp. 657-688).

⁹⁷ En la confirmación de cargos en 2007, la Sala de Cuestiones Preliminares sostuvo lo siguiente: “According to the commentary on Article 77(2) of Protocol Additional I to the Geneva Conventions, the intention of the drafters of the article was clearly to keep children under fifteen outside armed conflict, and consequently they should not be required to perform services such as the gathering and transmission of military information, transportation of arms and ammunition or the provision of supplies. Active participation in hostilities means not only direct participation in hostilities, combat in other words, but also covers active participation in combat-related activities such as scouting, spying, sabotage and the use of children as decoys, couriers or at military check-points. In this respect, the Chamber considers that this article does not apply if the activity in question is clearly unrelated to hostilities. Accordingly, this article does not apply to food deliveries to an airbase or the use of domestic staff in married officers’ quarters. Nevertheless, the Chamber finds that articles 8(2)(b)(xxvi) and 8(2)(e)(vii) apply if children are used to guard military objectives, such as the military quarters of the various units of the parties to the conflict, or to safeguard the physical safety of military commanders (in particular, where children are used as bodyguards). These activities are indeed related to hostilities in so far as i) the military commanders are in a position to take all the necessary decisions regarding the conduct of hostilities, ii) they have a direct impact on the level of logistic resources and on the organisation of operations required by the other party to the conflict whose aim is to attack such military objectives” (*The Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Case. No. ICC-01/04-01/06-803, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber, de enero de 2007, para. 260-262).

⁹⁸ *The Prosecutor v. Brima et al.*, (AFRC), Case No. SCSL-2004-16-T, Judgment, Trial Chamber II, 20 de junio de 2007, para. 736-747); *The Prosecutor v. Fofana and Kondewa*. (CDF), Case No. SCSL-04-14-T, Judgment, Trial Chamber I, 2 de Agosto de 2007, para. 193; *The Prosecutor v. Sesay et al.*, (RUF) Case No. SCSL-04-15-T, Judgment, Trial Chamber I, 2 de marzo de 2009, para. 1710-1743.

⁹⁹ BOTHE, M., “War Crimes”, en Cassese, A., Gaeta, P., Jones, J.R.W.D. (eds) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, vol. I, p. 416.

¹⁰⁰ SCHABAS, W., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 195.

entrañen para el menor de quince años el riesgo de constituirse en un “objetivo potencial” para el enemigo. Tanto *el test del riesgo (the exposure test)* adoptado por la CPI¹⁰¹ como el análogo *test del apoyo directo* aplicado por el TESL¹⁰², remiten en último término a una determinación caso por caso, de las situaciones que suponen participación activa en las hostilidades. No obstante, de forma más genérica, el TESL ha considerado que “[a]ny labour or support that gives effect to, or helps maintain, operations in a conflict constitutes active participation”¹⁰³. Por ejemplo, en el *Caso Taylor*, resolvió que la vigilancia de explotaciones mineras constituía participación activa, no tanto por la contribución económica de esos recursos naturales al esfuerzo de guerra como por el hecho de tratarse de una zona expuesta a ataques por parte del enemigo que entrañaba riesgos evidentes para el menor¹⁰⁴. También se ha llegado a afirmar que la mera presencia de estos menores en los lugares donde se cometen los crímenes puede calificarse como uso para participar activamente en hostilidades¹⁰⁵.

Esta orientación jurisprudencial ha sido objeto de críticas por un sector de la doctrina que defiende que una lectura de las disposiciones del Estatuto de la CPI consistente con las normas del DIH exigiría una plena equiparación entre las nociones de participación activa y participación directa¹⁰⁶. Dado que en el ámbito del DIH la referencia a la participación

¹⁰¹ A este respecto, la CPI ha mantenido lo siguiente: “[t]he extent of the potential danger faced by a child soldier will often be unrelated to the precise nature of the role he or she is given. Those who participate actively in hostilities include a wide range of individuals, from those on the front line (who participate directly) through to the boys or girls who are involved in a myriad of roles that support the combatants. All of these activities, which cover either direct or indirect participation, have an underlying common feature: the child concerned is, at the very least, a potential target. The decisive factor, therefore, in deciding if an “indirect” role is to be treated as active participation in hostilities is whether the support provided by the child to the combatants exposed him or her to real danger as a potential target. In the judgment of the Chamber these combined factors - the child's support and this level of consequential risk - mean that although absent from the immediate scene of the hostilities, the individual was nonetheless actively involved in them. Given the different types of roles that may be performed by children used by armed groups, the Chamber's determination of whether a particular activity constitutes “active participation” can only be made on a case-by-case basis. (*The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC.01/04-01/06-2842, Trial Chamber I, Judgement pursuant to Article 74 of the Statute, 14 de marzo de 2012, para. 628).

¹⁰² Para el TESL: “[u]sing” children to participate actively in the hostilities encompasses putting their lives directly at risk in combat, but may also include participation in activities linked to such carrying loads for the fighting faction, finding and/or acquiring food, ammunition or equipment, acting as decoys, carrying messages, making trails or finding routes, manning checkpoints or acting as human shields. Whether a child is actively participating in hostilities in such situations will be assessed on a case-by-case basis.” (*The Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-03-01-T, Judgment, Trial Chamber, 18 de mayo de 2012, para. 444; *The Prosecutor v. Brima et al.*, (AFRC), Case No. SCSL-2004-16-T, Judgement, Trial Chamber II, 20 de junio de 2007, para. 736-737; *The Prosecutor v. Sesay et al.*, (RUF) Case No. SCSL-04-15-T, Judgment, Trial Chamber I, 2 de marzo de 2009, para. 1720-1721, 1730).

¹⁰³ *The Prosecutor v. Brima et al.*, (AFRC), Case No. SCSL-2004-16-T, Judgement, Trial Chamber II, 20 de junio de 2007, para. 737.

¹⁰⁴ *The Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-03-01-T, Judgment, Trial Chamber, 18 de mayo de 2012, para. 1459.

¹⁰⁵ *The Prosecutor v. Brima et al.*, (AFRC), Case No. SCSL-2004-16-T, Judgement, Trial Chamber II, 20 de junio de 2007, para. 1267.

¹⁰⁶ WAGNER N., “A Critical Assessment of Using Children to Participate Actively in Hostilities. Child Soldiers and Direct Participation”, *Criminal Law Forum*, vol. 24, 2013, pp. 145-203; TAN, J., “Sexual violence against children on the battlefield as a crime of using child soldiers: Square pegs in round holes

activa que incorpora el artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra de 1949¹⁰⁷ se ha interpretado en el mismo sentido que la noción de participación directa¹⁰⁸, esta asimilación pretende hacerse extensiva al Estatuto de la CPI. Sin embargo, ni el argumento relativo a los criterios de interpretación de los tratados consagrados en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁰⁹ ni la invocación del principio de legalidad consagrado en el artículo 22 del Estatuto de la CPI, resultarían concluyentes.

Sin embargo, los partidarios del recurso a la noción de participación directa del DIH no parecen haber considerado suficientemente el hecho que “no existe una definición exacta de “participación directa en las hostilidades”¹¹⁰, ni existe en la práctica una delimitación clara entre las actividades que constituyen participación directa o indirecta -como sucede, por ejemplo, con el espionaje y otras formas de transmisión de información militar-. Asimismo, la expresión literal del texto “participación activa”, en el sentido apuntado en los trabajos preparatorios, resulta plenamente congruente con la interpretación de las prohibiciones enunciadas en el artículo 77 (2) del Protocolo Adicional II que ya venía siendo defendida por el CICR -considerando que la intención de los redactores de estas disposiciones era mantener a los menores de quince años fuera del conflicto, de modo que no deberían ser utilizados tampoco para participar de forma indirecta¹¹¹- y con los términos literales del artículo 4 (3) (c) del Protocolo Adicional II. No se trata, por tanto,

and missed opportunities in Lubanga”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 15, 2012, pp. 117-151, p. 119; GRAF, R., “The International Criminal Court and Child Soldiers: An Appraisal of the Lubanga Judgment”, *supra* nota 67, p. 963; URBAN, N., *Direct and Active Participation in Hostilities: The Unintended Consequences of the ICC’s decision in Lubanga*, 2012, Disponible en[<http://www.ejiltalk.org/direct-and-active-participation-in-hostilities-the-unintended-consequences-of-the-iccs-decision-in-lubanga/>].

¹⁰⁷ También se utiliza la expresión “participación activa” en la Resolución 2675 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre los principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados (ONU Doc. AG. Res. 2675 (XXV), de 9 de diciembre de 1970).

¹⁰⁸ Al respecto, QUÉGUINER, J.F., “Direct participation in hostilities under international humanitarian law”, Briefing Paper, noviembre de 2003, Research initiative reaffirmation and development of IHL, Program on Humanitary Policy and Conflict Research at Harvard University.

La asimilación entre participación directa y participación activa en el marco del DIH ha sido establecida en los pronunciamientos de otros tribunales internacionales: *The Prosecutor v Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, 2 de octubre de 1995, para. 111-119; *The Prosecutor v Akayesu*, Case No. ICTR-96-1-T, Judgement, Trial Chamber, 2 de septiembre de 1998, para. 629; *The Prosecutor v Rutaganda*, Case No. ICTR-1993-3-T, Judgment, Trial Chamber, 6 de diciembre de 1999, paras 99-100.; *The Prosecutor v Musema*, Case No. ICTR-96-13-T, Judgement, Trial Chamber, 27 de enero de 2000, paras. 276-9; *The Prosecutor v Semanza*, Case No. ICTR-97-20-T, Judgement, Trial Chamber, 15 de mayo de 2003, paras 363-6; *The Prosecutor v. Pavle Strugar*, Case No. IT-01-42-A, Judgment, The Appeals Chamber, 17 de julio de 2008, para. 173.

¹⁰⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ONU Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigor el 27 de enero de 1980. En este sentido, se ha argumentado que el criterio interpretativo de “participación activa” que figura en los trabajos preparatorios no puede ser elevado al rango de la interpretación literal del texto del tratado (HAPPOLD, M., “Child Recruitment as a Crime ...”, *supra* nota 58, pp. 15-16).

¹¹⁰ HENCKAERTS, J.-M. y DOSWALD-BECK, L., *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, *supra* nota 22, p. 24.

¹¹¹ SANDOZ, Y., SWINARSKI, Ch., y ZIMMERMANN, B. (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977...*, *supra* nota 17, p. 925.

de que el recurso a una noción de participación activa más amplia que la noción de participación directa del DIH pueda fundamentarse, simplemente, en una interpretación teleológica del Estatuto de la CPI. Coincidimos, más bien, con quienes consideran que “[t]he statutory language as well as the travaux préparatoires allow for a broad interpretation [...]. Such an interpretation will allow for legal protection of all child soldiers and bring to light the complex and difficult roles that all child soldiers are forced to fulfill during armed conflict”¹¹².

Por otro lado, la interpretación de la noción de participación activa desarrollada jurisprudencialmente resultaría coherente con la referencia a actividades que impliquen el riesgo de ser considerados como un “objetivo potencial” o un blanco eventual para el adversario. En ningún caso la CPI o el TESL han utilizado la expresión “objetivo militar legítimo”, aunque esta asimilación tiende a realizarse en algunos sectores de la doctrina. Así, ha sido la tendencia a identificar el concepto de participación activa en el Estatuto de la CPI con la noción de participación directa en el DIH lo que ha llevado a diversos autores a considerar que una interpretación extensiva de la noción de participación activa resultaría perjudicial para los niños en tanto supondría la pérdida de la protección y la inmunidad frente al adversario¹¹³. Más específicamente, la eventual extensión de la noción de participación activa al uso de niñas menores de quince años con fines de explotación doméstica y sexual por los grupos armados a los que han sido asociadas, ha sido calificada como contraproducente, pues “such an approach [...] had the distortive effect of decreasing the level of protection available to sexual exploited girls under IHL and opening up a protection gap”¹¹⁴. Incluso el TESL parece incurrir en esta asimilación cuando argumenta en el *Caso RUF*:

“[...] an overly expansive definition of active participation in hostilities would be inappropriate as its consequence would be that children associated with armed groups lose their protected status as persons hors de combat under the law of armed conflict.”¹¹⁵

Sin embargo, la inclusión en el tipo penal de una noción de participación activa como la asumida por la CPI no afecta a la interpretación de la noción de participación directa -o participación activa en el sentido del artículo 3 Común- a los efectos de la distinción entre

¹¹² GALLAGHER, K.M., “Towards a Gender-Inclusive Definition of Child Soldiers: The Prosecutor v. Thomas Lubanga”, *Eyes on the ICC*, vol. 7, 2010-2011, 115-136.

¹¹³ SIVAKUMARAN, S., “War Crimes before the Special Court for Sierra Leone ...”, supra nota 64, pp. 1009-1034, p. 1019; TAN, J., “Sexual violence against children ...”, supra nota 108, p. 132; WAGNER, N., “A Critical Assessment of Using Children to Participate Actively in Hostilities. Child Soldiers and Direct Participation”, supra nota 108, pp. 174-179; HAPPOLD, M., ‘The Protection of Children Against Recruitment and Participation in Hostilities: International Humanitarian Law and Human Rights Law as Complementary Legal Frameworks’, *Collegium* 99, 2014, p.105; APTEL, C., ‘Lubanga Decision Roundtable: The Participation of Children in Hostilities’, *Opinio Juris*, 18 March 2012, <<http://opiniojuris.org/2012/03/18/lubanga-decision-roundtable-the-participation-of-children-in-hostilities/>>. Una opinión distinta en YUVARAJ, J., ‘When Does a Child ‘Participate Actively in Hostilities’ under the Rome Statute? Protecting Children from Use in Hostilities after Lubanga’, *Utrecht Journal of International and European Law* 69, 2016, vol. 32, n° 83, p. 79.

¹¹⁴ TAN, J., “Sexual violence against children ...”, supra nota 108, p. 119.

¹¹⁵ *The Prosecutor v. Sesay et al.*, (RUF) Case No. SCSL-04-15-T, Judgment, Trial Chamber I, 2 de marzo de 2009, para. 1723.

combatientes y civiles en el DIH, ni supone una distorsión de los objetivos de protección propios del DIH¹¹⁶. En este sentido, siguen siendo las normas del DIH las que determinan cuándo la participación directa en las hostilidades -en sentido más limitado que el de la participación activa en el Estatuto de la CPI- supone la pérdida de la protección de las personas civiles frente a los ataques¹¹⁷. Es más, tratándose de menores de 15 años víctimas de una conducta criminal que son usados para participar activamente en las hostilidades, la presunción de que daban ser tratados como sus homólogos adultos debería ser objeto de un examen más detenido¹¹⁸. Ello resulta de particular importancia en relación con la aplicación de la teoría de “la puerta giratoria” a los menores de 15 años en función continua de combate¹¹⁹. Como ha defendido acertadamente SINHA, las Convenciones de Ginebra están equipadas para ofrecer un mayor grado de protección a los niños y niñas asociados con fuerzas armadas o grupos armados. En efecto, “the Geneva Conventions already explicitly treat child soldiers as possessing a “super” privileges above and beyond standard privileged combatants, and that conventions label child soldiers as “victims”. Taken jointly [...] these two facts can -indeed, should- be read to provide more stringent guidelines for the handling of child soldiers in armed conflict that the conventions explicitly provide for ...”¹²⁰. Así, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI ha esbozado, a este respecto, el siguiente principio:

¹¹⁶ TAN, J., “Sexual violence against children ...”, supra nota 108, p.132.

¹¹⁷ El DIH se sirve de una variedad de expresiones para determinar las circunstancias en las que las personas civiles pierden su protección. Así, tomar parte directa en las hostilidades -art. 51 (3)-; abstenerse de todo acto de hostilidad -art. 8 (a) y (b)-; abstenerse de todo acto hostil -art. 41 (2)-; encontrarse realizando un acto hostil -art. 42 (2)-; realizar actos perjudiciales para el enemigo -arts. 13 (1) y (2) y art. 65 (1)-. Al respecto, BOTHE, M., PARTSCH, K.J., SOLF, W.A., *New rules for victims of armed conflicts: commentary on the two 1977 protocols additional to the Geneva Conventions of 1949*, supra nota 19, p. 302.

¹¹⁸ Sobre estas cuestiones, NICHOLSON, J., “Is Targeting Naked Child Soldiers a War Crime?”, *International Criminal Law Review*, vol. 16, 2016, pp. 134-157; PROVOST, R., “L’Attaque Directe D’Enfants-Soldats”, en *Droit International Humanitaire: Expériences Et Réflexions Canadiennes (Direct Targeting of Child Soldiers: Canadian Experiences and Approaches*, McGill University, Faculty of Law, 2017; “Enfants-soldats en droit international humanitaire: civils ou combattants? Expériences et réflexions canadiennes”, *Canada et droit international: 150 Ans d’histoire et perspectives d’avenir*, Centre for International Governance Innovation, Document n° 19, 2018; SHINA, A. “Child soldiers as super-privileged combatants”, *The International Journal of Human Rights*, vol.17, n° 4, 2013, pp. 584-603.

¹¹⁹ Esta teoría pretende dar respuesta a la ambivalencia que se crea entre los grupos armados de oposición y las fuerzas armadas gubernamentales, en el sentido de que los primeros puedan ser considerados como personas civiles (Véase la interpretación de la Norma 5, HENCKAERTS, J-M. y DOSWALD-BECK, L., *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, supra nota 22, pp. 20-21). Ello implicaría que el ataque a los miembros de los grupos armados de oposición sólo sería lícito “si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”, en tanto el ataque a los miembros de fuerzas armadas sería lícito en todo momento. Dicha ambivalencia se resolvería considerando que los pertenecientes a los grupos armados opositores o no gubernamentales en función continua de combate no gozan de inmunidad frente a los ataques. Al respecto de esta cuestión, BOSCH, S., “A legal analysis of how the International Committee of the Red Cross’s interpretation of the revolving door phenomenon applies in the case of Africa’s child soldiers”, *African Security Review*, vol. 24, n° 1, 2015, pp. 3-22.

¹²⁰ SINHA, G.A., “Child soldiers as super-privileged combatants”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 17, n° 4, 2013, pp. 584-603, p. 598.

“Nonetheless, in the view of the Chamber, children under the age of 15 years lose the protection afforded by IHL only during their direct/active participation in hostilities”¹²¹.

La cuestión esencial es que la definición del estatuto jurídico de los niños y niñas asociados con los grupos armados permanece inconclusa desde la adopción de los Protocolos Adicionales I y II en 1977¹²². Pese a los desarrollos normativos y jurisprudenciales de las últimas décadas, esta cuestión ha recibido un tratamiento tangencial. Así, a estos efectos, es de especial relevancia determinar si los menores de quince años víctimas de esta conducta criminal pertenecen formalmente al grupo armado en cuestión. El tema se ha suscitado recientemente en el *Caso Ntaganda* ante la CPI ante el argumento esgrimido por la defensa de que la protección otorgada por el DIH en relación con los crímenes de guerra no se aplica entre miembros de un mismo grupo armado (*intra-force crimes do not constitute war crimes*). En consecuencia, las niñas menores de quince años víctimas del crimen de guerra de reclutamiento, alistamiento o uso para participar activamente en hostilidades no quedarían protegidas frente a los crímenes de violencia sexual -en particular, la violación y la esclavitud sexual- cometidos por miembros del grupo armado al que han sido asociadas. Sin embargo, tras confirmar el carácter imperativo de la prohibición de la violación y la esclavitud sexual en Derecho Internacional y calificar estas prácticas como conductas que deben considerarse prohibidas en toda circunstancia -tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra- y con independencia de cualquier estatuto jurídico¹²³, la Sala de Primera Instancia observaba lo siguiente:

“Having found that the protection against sexual violence under international humanitarian law is not limited to members of the opposing armed forces, who are hors de combat, or civilians not directly participating in hostilities, the Chamber does not need to address whether or not the persons alleged to have been ‘child soldiers’ in the facts and circumstances underlying Counts 6 and 9, or any persons alleged to have been held in sexual slavery by the UPC/FPLC, are to be considered as ‘members’ of this armed force at the relevant time. However, to the extent these persons could be considered as having been conscripted or enlisted into the UPC/FPLC, the Chamber considers it appropriate to stress that, as a general principle of law, there is a duty not to recognise situations created by certain serious breaches of international law”¹²⁴.

Por su parte, la Sala de Apelaciones ha confirmado que la jurisdicción de la CPI cubre los crímenes de violación y esclavitud sexual cometidos por miembros del mismo grupo; en particular, contra niños y niñas asociados. Concluye, así, sobre la inexistencia de requisitos de carácter convencional o estatutario, que exijan que las víctimas de los crímenes de violencia sexual contemplados en los artículos 8 (2) (b) (xxii) y 8 (2) (vi)

¹²¹ *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Case No. ICC-01/04-02/06, Decision pursuant to Article 61 (7) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Bosco Ntaganda, Pre-Trial Chamber II, 9 de junio de 2014, para. 79.

¹²² DUTLI, M.T., “Niños-combatientes prisioneros”, *supra* nota 19.

¹²³ *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Case No. ICC-01/04-02/06-1707, Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9, Trial Chamber VI, 4 de enero de 2017, para 52.

¹²⁴ *Ibid.*, para. 53.

sean personas protegidas o personas que no participan directamente en las hostilidades en el marco de los Convenios de Ginebra de 1949¹²⁵.

IV. NIÑAS ASOCIADAS Y CRÍMENES DE VIOLENCIA SEXUAL

Pese al resultado del procedimiento, las controversias suscitadas en el *Caso Lubanga* contribuyeron decisivamente a una toma de conciencia sobre el impacto del reclutamiento, el uso sexista y la prevalencia de las violencias sexuales en el caso de las niñas asociadas con grupos armados. Se trató de una causa temática centrada, específicamente, en el crimen de reclutamiento, alistamiento y uso para participar activamente en hostilidades de menores de quince años¹²⁶. Los procedimientos temáticos por violencia sexual han sido excepcionales¹²⁷, pues sólo dos entre más de 100 de los procedimientos concluidos ante el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia -el *Caso Celebici*¹²⁸ y el *Caso Foca*¹²⁹- presentarían este carácter, en tanto que alguno de los procedimientos seguidos ante la CPI -en particular, el *Caso Bemba*¹³⁰- puede considerarse eminentemente centrado en crímenes de violencia sexual. Por otro

¹²⁵ *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Case No. ICC-01/04-02/06-1962, Judgment on the appeal of Mr Ntaganda against the “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9”, Appeals Chamber, 15 de junio de 2017. Al respecto, de estas cuestiones, VISEUR SELLERS, P., “Ntaganda: Re-Alignment of a Paradigm”, disponible en <http://www.iihl.org/wp-content/uploads/2018/03/Ntaganda-V.pdf>; GREY, R., “Protecting Child soldiers from Sexual Violence by Members of the Same Military Force: A Re-Conceptualisation of International Humanitarian Law?”, *International Crimes Database*, Brief 10, April 2015. En particular, como ha puesto de manifiesto esta autora, la decisión de la Sala de Primera Instancia incorpora ciertos postulados problemáticos en cuanto a la naturaleza y duración de las violencias sexuales, aunque mejora las perspectivas de protección de las niñas soldado frente a las violencias sexuales por los miembros del grupo (GREY, R. “Sexual Violence against Child Soldiers”, *International Feminist Journal of Politics*, vol. 16, n° 4, 2014, pp. 601-621).

¹²⁶ BERGSMO, M. (ed.), *Thematic Prosecution of International Sex Crimes*, 2ª ed., Torkel Opsahi Academic EPublisher, 2018.

¹²⁷ En este sentido, se ha observado que “[t]he experiences of the ICC and ICTY to date illustrate that a sexual violence-specific thematic prosecution may make sense in certain factual circumstances: for example, when the aspect of the conflict being investigated demonstrates that a representative sample of the most serious crimes will naturally focus on a range of sexual violence crimes; where the best evidence for a particular accused bearing the greatest responsibility is focused on sexual violence; or where there are a number of prosecutions focused on a particular attack or geographic time period and these prosecutions are chosen to highlight a diversity of experiences, including those of sexual violence” (OOSTERVELD, V., “Contextualising Sexual Violence in the Prosecution of International Crimes”, Bergsmo, M. (ed.), *Thematic Prosecution of International Sex Crimes*, 2ª ed., Torkel Opsahi Academic EPublisher, 2018, pp. 193-210, pp. 200-201).

¹²⁸ *Prosecutor v. Anto Furundžija*, IT-95-17/1, Judgment, Trial Chamber, 21 de julio de 2000 y 10 de diciembre de 1998.

¹²⁹ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarać, Zoran Vuković and Radomir Kovač*, IT-96- 23 & 23/1, Judgment, Trial Chamber, 12 junio de 2002 y 22 de febrero de 2001.

¹³⁰ *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Warrant of Arrest, 23 de marzo de 2008, Pre-Trial Chamber, para. 21. El caso ha concluido después de que, el 8 de junio de 2018, la Sala de Apelaciones de la CPI decidiese la absolución.

lado, diversos asuntos ante la CIP -el *Caso Ntaganda*¹³¹, el *Caso Katanga*¹³² y el *Caso Ongwen*¹³³- y los suscitados ante el TESL -incluidos el *Caso CDF* y el *Caso AFRC* anteriormente mencionados, así como el *Caso Taylor*¹³⁴ y el *Caso RUF*¹³⁵, han sido casos complejos de acumulación de cargos por crimen de reclutamiento, alistamiento y uso de menores de quince años y otros crímenes, entre los que figuraban cargos por crímenes de violencia sexual -en particular, violación, esclavitud sexual y matrimonio forzado-. La principal contribución de estos casos se encuentra, pues, en la política adoptada por la Fiscalía para garantizar un tratamiento integral de las diferentes conductas criminales de las que fueron víctimas las niñas asociadas con grupos armados.

El nexo entre el crimen de reclutamiento, alistamiento y uso para participar activamente en hostilidades de menores de quince años y los crímenes de violencia sexual en el marco del Estatuto de la CPI, tiene un primer reconocimiento en el hecho de que “[l]a Fiscalía reconoce que los niños y niñas pueden sufrir un impacto diferencial a causa de crímenes cometidos en razón de su sexo, su género u otras condiciones o identidades”¹³⁶. Asimismo, “procurará poner de relieve los aspectos relacionados con el género de otros crímenes de su competencia, por ejemplo, en el reclutamiento de niños soldados y la esclavitud y, en el caso de esta, su manifestación como trata de personas, en particular de mujeres y niños”¹³⁷. En el caso particular de los crímenes de guerra, se especifica que

¹³¹ *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Case No. ICC-01/04-02/06, Decision pursuant to Article 61 (7) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Bosco Ntaganda, Pre-Trial Chamber II, 9 de junio de 2014; *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Case No. ICC-01/04-02/06-892, Decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9, Trial Chamber VI, 9 de octubre de 2015; *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Case No. ICC-01/04-02/06-1225, Judgment on the appeal of Mr Bosco Ntaganda against the ‘Decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9’, Appeals Chamber, 22 de marzo de 2016; *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Case No. ICC-01/04-02/06-1707, Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9, Trial Chamber, 4 de enero de 2007; *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Case No. ICC-01/04-02/06, Decision pursuant to Article 61 (7) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Bosco Ntaganda, Appeals Chamber 15 de junio de 2017.

¹³² *The Prosecutor v. Germain Katanga*, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Trial Chamber II, 7 de marzo de 2014; *Prosecutor v. Germain Katanga*, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute, Trial Chamber II, 23 de mayo de 2014.

¹³³ *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Case No. ICC-02/04-01/15, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, Pre-Trial Chamber II, 23 de marzo de 2016.

¹³⁴ *The Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-03-01-T, Judgment, Trial Chamber, 18 de mayo de 2012; *The Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-03-01-A, Judgment, Appeals Chamber, 26 de septiembre de 2013.

¹³⁵ *The Prosecutor v. Sesay et al. (RUF)*, Case No. SCSL-04-15-T, Judgment, Trial Chamber I, 2 de marzo de 2009; *The Prosecutor v. Sesay et al. (RUF)*, Case No. SCSL-04-15-T, Judgment, Trial Chamber, 8 de abril de 2009; *The Prosecutor v. Sesay et al. (RUF)*, Case No. SCSL-04-15-A, Judgment, Appeals Chamber I, 26 de octubre de 2009.

¹³⁶ CPI, Oficina del Fiscal, Documento de Política Relativa a los Niños (15 de noviembre de 2016), disponible en https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/20161115_OTP_ICC_Policy-on-Children_Spa.PDF.

¹³⁷ CPI, Oficina del Fiscal, Documento de Política sobre crímenes sexuales y por motivos de género (junio de 2014), disponible en <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/PolicyPaperOnSexualAndGender-BasedCrimesSpa.pdf>. Al respecto, BENSOUA, F., “Gender Justice and the ICC”, *International Feminist Journal of Politics*, vol. 16, n° 4, 2014, pp. 538-542; OOSTERVELD, V., “The ICC Policy Paper on Sexual

además de los tipificados en el artículo 8 del Estatuto de la CPI por violencia sexual - actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y otras formas de violencia sexual que también constituyan una violación grave de los Convenios de Ginebra o una violación grave del artículo 3 Común-, “[t]odos los demás tipos de crímenes de guerra, entre ellos los de dirigir intencionalmente ataques contra la población civil, tortura, mutilación, ultrajes contra la dignidad personal o reclutamiento de niños soldados, pueden también contener elementos sexuales y/o de género”¹³⁸. Los Planes Estratégicos 2012-2015 y 2016-2018 armonizaban con esa política, así como también el nuevo Plan Estratégico 2019-2021.

1. Reclutamiento, alistamiento y violencia sexual

Teniendo en cuenta los términos en que han sido redactadas las disposiciones pertinentes del Estatuto de la CPI -artículos 8 (2) (b) (xxvi) y 8 (2) (e) (vii)- y la jurisprudencia internacional ya mencionada, parece claro que reclutamiento, alistamiento y uso para participar activamente en hostilidades de menores de quince años constituyen conductas criminales diferentes, en el sentido de que puede haber crimen de reclutamiento o alistamiento sin uso posterior y a la inversa¹³⁹. No obstante, podría suscitarse la duda de si el reclutamiento o alistamiento debe tener como propósito el uso para la participación activa, si implicaría algún tipo de adiestramiento militar o si puede llegar a establecerse, genéricamente, en razón de cualquier uso o función asignada al menor de quince años dentro de la organización.

La construcción y el lenguaje utilizado en el Estatuto de la CPI parecen concluyentes en el sentido de que se criminaliza todo reclutamiento o alistamiento y no meramente aquellos que tengan por propósito el uso para la participación activa en las hostilidades¹⁴⁰. Dicha exigencia tampoco figura en la definición de los elementos del crimen¹⁴¹. Pese a ciertas expresiones utilizadas por el TESL en el *Caso AFRC*¹⁴², la CPI sostuvo con toda claridad en el *Caso Lubanga*, que el crimen de reclutamiento de menores de quince años

and Bender-Based Crimes: A Crucial Step for International Criminal Law”, *William & Mary Journal of Women and the Law*, vol. 24, n° 3, pp. 442-457.

¹³⁸ *Ibid.*, para. 35.

¹³⁹ SIVAKUMARAN, S., “War Crimes before the Special Court for Sierra Leone”, supra nota 64, p. 1012. SMITH, A., ‘Child Recruitment and the Special Court for Sierra Leone’, *JICJ*, vol. 2, 2014, pp. 1147–1148; HAPPOLD, M., ‘Child Recruitment as a Crime ...’, supra nota 58, p. 579. Las implicaciones en términos de responsabilidad individual de esta diferenciación de conductas han quedado expuestas en los siguientes términos: “The act of recruitment triggers responsibility for all subsequent use, even if by other commanders. An alternative interpretation is that the crime is not a composite one, as it is capable of being committed by either the initial conscription or enlistment step, or through the subsequent ‘use’ of the given child, and not necessarily through demonstrating a combination of the two. This expands the liability for the crime to incorporate not just the person who actually undertakes the recruitment process of a given child, but also includes others who later use the child for military purposes” (McBRIDE, J., “Article 8(2)(b)(xxvi)”, en Klamberg, M., (ed.), *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, ICHL Publication Series N° 29, Brussels, p. 106).

¹⁴⁰ SIVAKUMARAN, S., “War Crimes before the Special Court for Sierra Leone”, supra nota 64, p. 1015.

¹⁴¹ Art. 8(2)(b)(xxvi) and Art. 8(2)(e)(vii), Elements of Crimes.

¹⁴² *The Prosecutor v. Brima et al.*, (AFRC), Case No. SCSL-2004-16-T, Judgement, Trial Chamber II, 20 de junio de 2007, para. 734.

es independiente del propósito de usarles para participar activamente en las hostilidades. Así:

"[i]t follows that the status of a child under 15 who has been enlisted or conscripted is independent of any later period when he or she may have been "used" to participate actively in hostilities, particularly given the variety of tasks that he or she may subsequently be required to undertake. Although it may often be the case that the purpose behind conscription and enlistment is to use children in hostilities, this is not a requirement of the Rome Statute. The Chamber therefore rejects the defence contention that "the act of enlistment consists in the integration of a person as a soldier, within the context of an armed conflict, for the purposes of participating actively in hostilities on behalf of the group."¹⁴³

Esta misma interpretación es asumida por la Sala de Apelaciones del TESL en el *Caso RUF*, que aporta además la afirmación explícita de que resulta suficiente el hecho que los niños o niñas reclutados hayan sido vinculados al grupo y utilizados con cualquier otro propósito:

"[...] either the abduction of persons for specific use within an organisation or the forced military training of persons is independently sufficient to constitute conscription, as both practices amount to compelling a person to join an armed group. [...] Although not all the children abducted were eventually subjected to military training, the Chamber has found that the children who were not trained were used for other purposes within the RUF. We therefore find that notwithstanding their ultimate use, these abductees were compulsorily enlisted as members of the RUF or AFRC forces and therefore conscripted"¹⁴⁴.

A la luz de esta jurisprudencia, cabe concluir que el crimen de reclutamiento o alistamiento se ha configurado con independencia de cuál sea la naturaleza de las funciones asignadas a estos niños y niñas, ya se trate de actividades de combate, apoyo a las operaciones militares u otras actividades (peripheral roles)¹⁴⁵, incluidas eventualmente las consistentes en la explotación o esclavitud doméstica y sexual por el grupo y los miembros del grupo. Como se ha observado, "[t]he important distinction here is the extent to which these "routine" tasks become militarized and serve fighting forces and groups"¹⁴⁶. Así, aun cuando la integración en la noción de participación activa de las experiencias de violencia sexual de las niñas asociadas con grupos armados ha suscitado

¹⁴³ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC.01/04-01/06-2842, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 de marzo de 2012, para. 609. La misma autonomía en la realización de ambas conductas admite también cuando observa: "[t]he prohibition against using children under the age of 15 to participate actively in hostilities is not dependent on the individuals concerned having been earlier conscripted or enlisted into the relevant armed force or group. [...] Therefore, consistently with Article 22(2) of the Statute, a child can be "used" for the purposes of the Statute without evidence being provided as regards his or her earlier "conscription" or "enlistment" into the relevant armed force or group" (*Ibid.*, para. 620).

¹⁴⁴ *The Prosecutor v. Sesay et al. (RUF)*, Case No. SCSL-04-15-T, Judgment, Trial Chamber I, 2 de marzo de 2009, para. 1695-1700; *The Prosecutor v. Fofana and Kondewa. (CDF)*, Case No. SCSL-04-14-T, Judgment, Trial Chamber I, 2 de Agosto de 2007, para. 197.

¹⁴⁵ CARROLL, S., "Catch Them Young: Participation and Roles of Girl Child Soldiers in Armed Conflicts", en SHEKHAWAT, S., (ed.), *Female Combatants in Conflict and Peace*, Palgrave MacMillan Basingstoke, United Kingdom, 2015, pp 36-52 p. 36.

¹⁴⁶ MAZURAMA, D.E., MCKAY, S.A., CARLSON, K.C., KASPER, J.C., "Girls in Fighting Forces and Groups: Their Recruitment, Participation, Demobilization, and Reintegration", *Peace and Conflict: Journal of Peace Psychology*, vol. 8, n° 2, pp. 94-123, p. 109.

complejas polémicas, parece razonable considerar que, en cualquier caso, el posterior uso para participar activamente en las hostilidades de las niñas menores de quince años asociadas a grupos armados no es necesario para que concurra la conducta criminal consistente en el reclutamiento -incluido el secuestro- o alistamiento. En particular, “[c]onscription, unlike the crime of use, is not burdened by the qualification “active participation in hostilities” and does not require an inquiry into the form of activity engaged in by the child”¹⁴⁷.

Esta interpretación del crimen de reclutamiento o alistamiento, independientemente de las funciones específicas encomendadas a los niños y niñas menores de quince años, quedaría reforzada por una interpretación teleológica del Estatuto de la CPI y del conjunto de las normas del DIH y el DIDH que prohíben y criminalizan estas conductas. En tal sentido, son ilustrativas las reflexiones que introducía, en el *Caso Lubanga*, la Sala de Primera Instancia:

“The principal objective underlying these prohibitions historically is to protect children under the age of from the risks that are associated with armed conflict, and first and foremost they are directed at securing their physical and psychological well-being. This includes not only protection from violence and fatal or non-fatal injuries during fighting, but also the potentially serious trauma that can accompany recruitment (including separating children from their families, interrupting or disrupting their schooling and exposing them to an environment of violence and fear). [...] It is to be noted that the potentially broad concept of “children associated with armed conflict” was referred to throughout the trial [...] Although it is to be stressed that the Chamber has applied the provisions of the Statute as opposed to this more general concept, Ms Coomaraswamy gave relevant background evidence that children in this context frequently undertake a wide range of tasks that do not necessarily come within the traditional definition of warfare. As a result, they are exposed to various risks that include rape, sexual enslavement and other forms of sexual violence, cruel and inhumane treatment, as well as further kinds of hardship that are incompatible with their fundamental rights”¹⁴⁸.

El argumento defendido por los representantes de las víctimas¹⁴⁹ en relación con la posición expresada por la Relatora Especial en su *amicus curiae*¹⁵⁰, ilustran sobre el hecho

¹⁴⁷ TAN, J., “Sexual violence against children ...”, supra nota 108, p. 119.

¹⁴⁸ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC.01/04-01/06-2842, Trial Chamber I, Judgement pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012, para. 605.

¹⁴⁹ En su argumentación expusieron: [i]t is not necessary [...] for the Chamber to engage in the critical question that otherwise arises in this application as to whether the ‘use’ of children for sexual purposes alone, and including forced marriage, can be regarded as conscription or enlistment into an armed force, or the use of that person to participate actively in the hostilities, in accordance with Article 8(2)(b)(xxvi) and Article 8(2)(e)(vii) of the Rome Statute. As just set out, the applicant has presented enough evidence to conclude, prima facie, that she was abducted in the broad context of the systematic conscription of children under the age of 15 into the military forces of the UPC (ICC-01/04-01/06-2744-Red-tENG, 31 May 2011; *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC.01/04-01/06-2842, Trial Chamber I, Judgement pursuant to Article 74 of the Statute, 14 de marzo de 2012, para. 599)

¹⁵⁰ “The OPCV relies on the submissions of Ms Coomaraswamy (CHM-0003), the Cape Town Principles, the Paris Principles and the African Union’s Solemn Declaration on Gender Equality in Africa as support for the proposition that the expression to “participate actively” should be interpreted so as to protect girls recruited into the armed forces for sexual purposes. It is submitted this is usually the primary reason for their recruitment (*The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC.01/04-01/06-2842, Trial Chamber I, Judgement pursuant to Article 74 of the Statute, 14 de marzo de 2012, para. 598. ICC-01/04-01/06-2744-Red-tENG, paras 10-11; EVD-CHM-00007, paras. 19, 21 and 26).

de que, en un contexto de conscripción sistemática de menores de quince años, incluso el reclutamiento *con fines de explotación sexual* de niñas por debajo de esta edad es subsumible en el crimen. En tales casos, estaríamos en presencia de un crimen de reclutamiento con acumulación de cargos por crímenes de violencia sexual, con independencia de que pudiera llegar a probarse también la participación activa.

2. Participación activa y violencia sexual

Los procedimientos seguidos ante la CPI y el TESL han puesto de manifiesto importantes desacuerdos en cuanto a la calificación jurídica del uso y la explotación doméstica y sexual de las niñas asociadas con grupos armados; en particular, en lo que atañe a su incardinación en la conducta criminal consistente en el uso para participar activamente en hostilidades de menores de quince años¹⁵¹. Aunque en el proceso de codificación de este crimen no se conocen aportaciones o debates con perspectiva de género, parece claro que algunas de las experiencias más comunes para las niñas asociadas con grupos armados fueron consideradas a los fines de su expresa exclusión del concepto de participación activa en las hostilidades. En tal sentido, los trabajos preparatorios enuncian un criterio que ha sido reiterado en la jurisprudencia de la CPI y el TESL. En la noción de participación activa en las hostilidades:

“No quedarían abarcadas las actividades que claramente no guardan relación con las hostilidades, como la entrega de alimentos a una base aérea o el uso de servicio doméstico en el hogar de un oficial”¹⁵².

En la más amplia jurisprudencia del TESL en la materia, entre las actividades que claramente no guardan relación con las hostilidades se han considerado incluidas las tareas domésticas¹⁵³ en general, y labores específicas como cocinar o lavar la ropa¹⁵⁴ o proveer de alimentos¹⁵⁵. Por tanto, el uso sexista de niñas en funciones domésticas, como cocineras o vivanderas, se considera excluido del crimen de uso para participar activamente en las hostilidades. Debe advertirse, no obstante, que la orientación asumida por los redactores del Estatuto de la CPI ignora la tradicional inclusión de las vivanderas (camp followers) en la categoría de los prisioneros de guerra, en caso de captura, prevista en el Código Lieber como expresión de los riesgos a los que quedaban expuestas estas mujeres y niñas por el mero hecho de acompañar a los ejércitos¹⁵⁶. Por tanto, tal vez hubiera sido más razonable profundizar en la conceptualización de las actividades domésticas rutinarias cuando quedan militarizadas y organizadas al servicio de fuerzas

¹⁵¹ TAN, J., “Sexual Violence Against Children”, *supra* nota 108, p. 118.

¹⁵² *Informe del Comité Preparatorio para el Establecimiento de una Corte Penal*, A/CONF.183/Add. 1, 14 de abril de 1998, p. 20; *The Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Case. No. ICC-01/04-01/06-803, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber, 29 de enero de 2007, paras. 260-262.

¹⁵³ *The Prosecutor v. Sesay et al.*, (RUF) Case No. SCSL-04-15-T, Judgment, Trial Chamber I, 2 de marzo de 2009, para. RUF Trial Judgment, para. 1710-1743.

¹⁵⁴ *The Prosecutor v. Fofana and Kondewa. (CDF)*, Case No. SCSL-04-14-T, Judgment, Trial Chamber I, 2 de Agosto de 2007, para. 262.

¹⁵⁵ *Ibid.*, para 1710-1743.

¹⁵⁶ Art. 50.

armadas o grupos armados¹⁵⁷. De hecho, puede que tanto la CPI como el TESL tengan que abordar en el futuro la tensión que se observa en su posición entre la exclusión apriorística de las tareas domésticas de la noción de participación activa y la aplicación de la teoría del riesgo que, por definición, implicaría un análisis más detenido de las situaciones concretas¹⁵⁸.

En cualquier caso, a diferencia de lo expuesto sobre los usos domésticos, no existe todavía un pronunciamiento concluyente de los tribunales penales internacionales sobre la calificación de los abusos y la explotación sexual de las niñas en relación con el concepto de participación activa¹⁵⁹. El debate sobre la calificación de las violencias sexuales en el contexto del crimen de reclutamiento, alistamiento o uso para participar activamente en hostilidades, fue una cuestión especialmente controvertida en el *Caso Lubanga*. Las deficiencias en la investigación, la no inclusión de hechos ni cargos por violencia sexual y la confusión en la delimitación de las conductas de reclutamiento, alistamiento y uso para participar activamente en hostilidades por parte de la Fiscalía de la CPI fueron los principales condicionantes¹⁶⁰. No obstante, en las distintas etapas del procedimiento se aportaron indicios de la comisión de crímenes de violencia sexual contra niñas menores de 15 años reclutadas por la Unión de Patriotas Congoleños y la Fiscalía hizo particular hincapié en estas cuestiones durante la etapa del juicio oral¹⁶¹. En concreto, se aportaron evidencias de un patrón generalizado de violencias sexuales contra las niñas -algunas de 12 años de edad¹⁶²- en los campamentos donde recibían adiestramiento militar, con el resultado de embarazos y abortos en ocasiones múltiples. Algunas de estas niñas fueron tomadas por los comandantes como “novias o esposas de guerra” o esclavas sexuales y

¹⁵⁷ MAZURAMA, D.E., MCKAY, S.A.; CARLSON, K.C.; KASPER, J.C., “Girls in Fighting Forces and Groups: Their Recruitment, Participation, Demobilization, and Reintegration”, *Peace and Conflict: Journal of Peace Psychology*, vol. 8, nº 2, pp. 94-123, p. 109.

¹⁵⁸ KURTH, M.E., “The Lubanga Case of the International Criminal Court: A Critical Analysis of the Trial Chamber’s Findings on Issues of Active Use, Age, and Gravity”, *GoJIL*, vol. 5, nº 2, 2013, pp. 431-453, p. 439-440.

¹⁵⁹ Un estudio de un grupo de niñas secuestradas en 2005 en el Norte de Uganda revelaba que el 72% fue objeto de abusos sexuales por los rebeldes y sometidas a matrimonios forzados a la edad de 13 años (KENNEDY, A-P., “Psychological impact of war and sexual abuse on adolescent girls in Northern Uganda”, *Intervention*, vol. 3, No. 1, 2005, pp. 33-45). Un estudio sobre niños soldados realizado por la Harvard Humanitarian Initiative en Sierra Leona reveló que el 45% de niñas y el 5% de niños habían sido objeto de violación o abuso sexual por sus captores (BETANCOURT, T.S., *et al*, “Sierra Leone’s Child Soldiers: War Exposures and Mental Health Problems by Gender”, *Journal of Adolescent Health*, vol. 49, 2011, pp. 21-28). También en Liberia, se ha constatado que el 35,3% de las niñas y el 16,5 % de los niños soldados habían sido utilizados como sirvientes o esclavos sexuales (JOHNSON, K., *et al*, “Association of Combatant Status and Sexual Violence with Health and Mental Health Outcomes in Postconflict Liberia”, *Journal of the American Medical Association*, 2008, pp. 676-690). No obstante, se considera probable que la prevalencia de abusos sexuales sea incluso mayor, sobre todo en el caso de los niños para quienes la experiencia de abusos sexuales puede resultar más difícil de admitir por la influencia de ciertos factores culturales (STEINL, L., “An Introduction to Child Soldering. Its Images and Realities”, *Child Soldiers as Agents of War and Peace*, International Criminal Justice Series 14, Asser Press, La Haya, 2017, p. 20).

¹⁶⁰ TAN, J., “Sexual violence against children ...”, *supra* nota 108, p. 120.

¹⁶¹ ICC-01/04-01/06-T-107-ENG, p. 11, l. 17; p. 12; ICC-01/04-01/06-T-356-ENG, p. 9, l. 9-13; pp. 22-25.

¹⁶² ICC-01/04-01/06-T-207-Red2-ENG, p. 35, l. 17-23.

sometidas a explotación doméstica y sexual¹⁶³. Uno de los testigos exponía así su situación en los campamentos:

“[...] the condition the girls were in was worse than the condition the boys were in very often. Apart from the fact that they would often participate in all the activities that the boys participated in, they also had to cook, prepare food for the officers. They had to spend the night with them. So the situation the girls was in was a lot more worrying. It was terrible”¹⁶⁴.

Sin embargo, la Fiscalía de la CPI se opuso cuando los representantes legales de las víctimas presentaron una petición, en virtud de la norma 55 del Reglamento, para modificar la calificación jurídica. Aun así, la Sala de Primera Instancia admitió la posibilidad de modificación tanto de los hechos como de su calificación jurídica con el fin de acreditar los elementos materiales de los crímenes de esclavitud sexual y de tratos crueles e inhumanos¹⁶⁵. Posteriormente, la Sala de Apelaciones estableció una interpretación distinta de la norma 55, considerando que no cabe modificación de la base fáctica incluida en el documento que contiene los cargos, o en sus enmiendas, aunque pueda modificarse la calificación jurídica¹⁶⁶. A partir de ese momento, se emprendieron esfuerzos con el fin de integrar el uso sexual de estas niñas en la noción de participación activa en las hostilidades. La Representante Especial del Secretario General sobre los niños y los conflictos armados -Radhika Coomaraswamy- presentó un *amicus curiae* en el que defendió la teoría de que el uso con fines sexuales de las niñas asociadas con grupos armados constituye una *función de apoyo esencial*¹⁶⁷ -o, en una formulación análoga de la Fiscalía, una *función de apoyo directo*¹⁶⁸- al funcionamiento del grupo. Esta posición estaba inspirada en los ya mencionados *Principios y Directrices de Ciudad del Cabo* y los *Principios y Compromisos de París*, así como en la noción de mujeres y niñas beneficiarias de los programas de Desarme, Desmovilización y Reinserción (DDR)¹⁶⁹.

Más tarde, la Sala de Apelaciones excluyó un pronunciamiento sobre la cuestión de la explotación y las violencias sexuales con argumentos de carácter procesal:

¹⁶³ ICC-01/04-01/06-T-207-Red2-ENG, p. 30, l. 20-25, p. 31, l. 1-18, p. 35, l. 17-25, p. 38.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 21, l. 12-17.

¹⁶⁵ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06-T-107, Decision Giving Notice to the Parties and Participants that the Legal Characterization of Facts may be Subject to Change in Accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court, Trial Chamber I, 14 de julio de 2009, para. 33).

¹⁶⁶ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06-2205, Judgment on the appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 de julio de 2009 entitled ‘Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court’, Appeals Chamber, 8 de diciembre de 2009, para. 93.

¹⁶⁷ Tras presentar su propuesta el 4 de enero de 2008, fue autorizada el 18 de febrero a presentar sus observaciones en la forma de un *amicus curiae* (ICC-01/04-01/06-1175) en virtud de la Regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, lo que finalmente hizo el 17 de marzo de 2018 (Disponible en https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2008_01287.PDF).

¹⁶⁸ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06-1229-AnxA, 18 de marzo de 2008.

¹⁶⁹ “Women, Gender and DDR”, Module 5.10, *Integrated Disarmament, Demobilization and Reintegration Standards*, 1 August 2006, p. 8, disponible en <http://unddr.org/uploads/documents/IDDRS%205.10%20Women,%20Gender%20and%20DDR.pdf>

“Regardless of whether sexual violence may properly be included within the scope of “using [children under the age of 15] to participate actively in hostilities” as a matter of law, because facts relating to sexual violence were not included in the Decision on the Confirmation of Charges, it would be impermissible for the Chamber to base its Decision pursuant to Article 74(2) on the evidence introduced during the trial that is relevant to this issue [...] In due course, the Chamber will consider whether these matters ought to be taken into account for the purposes of sentencing and reparations”¹⁷⁰.

Llegado el momento de dictar sentencia, la jueza Odio Benito emitió un voto disidente en el que desarrolló una interpretación teleológica de las disposiciones del Estatuto de la CPI, reforzada con el argumento de la violación de derechos humanos internacionalmente reconocidos mediante la invocación del artículo 21 del Estatuto -sobre el Derecho aplicable por la Corte-. En tal contexto, argumentó que la noción de riesgo elaborada por la mayoría de jueces para delimitar la participación directa en las hostilidades era en exceso limitada, ya que ha quedado circunscrita al riesgo real de que estos menores puedan ser considerados como un objetivo potencial para el adversario. Por su parte, defendió una noción extensible a los riesgos propios del trato inflingido a estos menores por el grupo armado al que han sido asociados; en particular, los entrenamientos brutales, las torturas y malos tratos, la violencia sexual y otras condiciones de vida contrarias a sus derechos fundamentales. En este marco, la juez Odio Benito hizo suya la conceptualización de la explotación doméstica y sexual de las niñas como función de apoyo esencial al grupo armado. Su propuesta fue la agravación de la pena (hasta 15 años) del reclutamiento, ante la acreditación de la violencia sexual¹⁷¹.

3. El recurso adicional a los crímenes de violencia sexual

En este contexto, y con el fin de asegurar una protección integral a las niñas asociadas con fuerzas armadas o grupos armados, se hace necesario un análisis del crimen de reclutamiento, alistamiento y uso para participar activamente en hostilidades de menores de quince años tipificado en los artículos 8 (2) (b) (xxvi) y 8 (2) (e) (vii) en relación con estas disposiciones del Estatuto de la CPI. En este sentido, es generalizada la opinión de que el cauce más adecuado para la persecución de los abusos y explotación sexual que experimentan las niñas asociadas con grupos armados se encuentra habitualmente en el recurso adicional a las disposiciones del Estatuto de la CPI sobre los crímenes de violencia sexual¹⁷². En efecto, nada impide a la Corte enjuiciar por diferentes cargos, formulados en virtud de diferentes disposiciones de su Estatuto, una misma conducta en tanto cada uno de esos cargos comprenda algún elemento material distinto¹⁷³. Como ya se ha apuntado, el documento de política criminal de los crímenes de violencia sexual y

¹⁷⁰ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC.01/04-01/06-2842, Trial Chamber I, Judgement pursuant to Article 74 of the Statute, 14 de marzo de 2012, para. 630-631.

¹⁷¹ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06-2901, Trial Chamber I T. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, 13 de julio de 2012, Dissenting Opinion of Judge Odio Benito.

¹⁷² *Ibid.* p. 28.

¹⁷³ *Prosecutor v. Delalic and others*, Case No. IT-96-21-A, Appeals Chamber, ICTY, judgment of 20 de febrero 2001, para. 339.

de género de la Fiscalía de la CPI contempla expresamente esta estrategia procesal¹⁷⁴. En este contexto, además de la violación, adquiere particular relevancia el crimen de esclavitud sexual, en tanto que la ausencia de una tipificación expresa del matrimonio forzado en los Estatutos de la CPI y el TESL explica que su tratamiento jurídico haya resultado, en la práctica, más complejo y controvertido¹⁷⁵.

Las aportaciones de los expertos ofrecen, en este sentido, un cuadro muy extenso de las violencias sexuales que frecuentemente padecen las niñas asociadas con grupos armados, subsumibles en diferentes tipos penales contemplados en el Estatuto de la CPI:

“Key gender-based experiences of both women and girls during armed conflicts is sexual violence, including torture, rape, mass rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced sterilization, forced termination of pregnancies, giving birth without assistance and being mutilated. Girls in fighting forces in Mozambique, Northern Uganda, and Sierra Leone reported sexual violence, and abducted girls were almost universally raped. As was the situation in Sierra Leone, in Angola, sex labour was integral to the function of girl soldiers. Again, depending on the context, when they reach puberty, girls may supply reproductive labour through giving birth to and rearing children who become members of the force. [...] Physically, girl soldiers are challenged to survive as they cope

¹⁷⁴ CPI, Oficina del Fiscal, Documento de Política sobre crímenes sexuales y por motivos de género (junio de 2014), disponible en <https://www.icc.cpi.int/iccdocs/otp/PolicyPaperOnSexualAndGenderBasedCrimesSpa.pdf>.

¹⁷⁵ *Prosecutor v. Brima (AFRC)*, Case No. SCSL-2004-16-T, Judgment (Spec. Ct Sierra Leone, Trial Chamber II, July 19, 2007, para. 739 y ss. Al respecto, OOSTERVELD, V., “The Special Court for Sierra Leone, Child Soldiers and Forced Marriage: Providing Clarity or Confusion?”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 45, 2007; “The Gender Jurisprudence of the Special Court for Sierra Leone: Progress in the Revolutionary United Front Judgments”, *Cornell International Law Journal*, vol. 49, 2011, pp. 49-74. GREY, R., “Sexual violence against Child Soldiers”, *International Feminist Journal of Politics*, 2014, vol. 16, n° 4, 601–621, <http://dx.doi.org/10.1080/14616742.2014.955964>; BAINES, E., “Forced marriage as a political Project Sexual rules and relations in the Lord’s Resistance Army”, *Journal of Peace Research*, 2014, <https://doi.org/10.1177/0022343313519666>; BOU FRANCH, V., “El crimen internacional de esclavitud sexual y la práctica de los matrimonios forzados”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 3, 2015, pp. 65-114.

Se trataría, en todo caso, para este tribunal de una modalidad más de esclavitud. En este sentido, la consideración de la esclavitud, la esclavitud sexual y la esclavitud conyugal como modalidades específicas de un mismo tipo de crimen viene siendo defendida en el siguiente sentido: “El término “sexual” se utiliza en el presente informe como adjetivo para describir un tipo de esclavitud, no para indicar un delito distinto. A todos los efectos y en todas las circunstancias la esclavitud sexual es un tipo de esclavitud y su prohibición es una norma de jus cogens. Los “centros de solaz” mantenidos por el ejército japonés durante la segunda guerra mundial [...] y los “campos de violación” cuya existencia está perfectamente documentada en la ex Yugoslavia son ejemplos palmarios de esclavitud sexual. La esclavitud sexual también se refiere a situaciones en que se obliga a mujeres y muchachas al “matrimonio”, a la servidumbre doméstica y a otros trabajos forzados que en último término implican actividades sexuales forzadas, incluida la violación. Por ejemplo, además de los casos documentados en Rwanda y en la ex Yugoslavia, se tiene noticia de que en Myanmar se ha violado y sometido a abusos sexuales a mujeres y niñas que fueron obligadas a “casarse” o a trabajar para los militares como porteadoras o limpiadoras de campos de minas. En Liberia hay también 16 noticias similares de mujeres y niñas que han sido obligadas por los combatientes a trabajar como cocineras y tratadas como esclavas sexuales” (Formas Contemporáneas de Esclavitud, La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado, Informe final presentado por la Sra. Gay J. McDougall, Relatora Especial, Doc. NNUU E/CN.4/Sub.2/1998/13, 2 de julio de 1998, para. 30. Al respecto, VISEUR SELLER, P., “Wartime Female Slavery: Enslavement?”, *Cornell International Law Journal*, vol. 44, 2011, pp. 115-142; ADAMS, A., “Sexual Slavery: Do we Need this Crime in Addition to Enslavement?”, *Criminal Law Forum*, vol. 29, n° 2, 2018, pp. 279–323.

with illnesses, exhaustion, wounds, menstrual difficulties, complications from pregnancy and birth, sexually transmitted diseases, and a host of other maladies such as malaria, intestinal parasites, tuberculosis, anaemia, diarrhoea, malnutrition, disabilities, scars, and burns”¹⁷⁶.

Con carácter general, en la evolución en la tipificación de los crímenes de violencia sexual, cabe destacar la contribución inicial de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, principalmente en los siguientes tres aspectos: la definición del concepto de violación y agresión sexual¹⁷⁷ y el cambio de orientación en la determinación del bien jurídico protegido por las normas internacionales relevantes en la materia: la dignidad humana y el derecho a la integridad física¹⁷⁸; la afirmación inequívoca del carácter consuetudinario de la prohibición de tales conductas tanto en conflictos armados internacionales como en conflictos armados no internacionales¹⁷⁹; y la inscripción de los diferentes tipos de violencias sexuales en la categoría de los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y crimen de genocidio¹⁸⁰, bajo diferentes calificaciones¹⁸¹. Posteriormente, el Estatuto de la CPI constituye el primer instrumento jurídico internacional con una dimensión integral de género, en la medida en que incorpora una triple perspectiva institucional, sustantiva y procedimental. Asimismo, aporta una primera codificación y tipificación expresa y sistemática en Derecho Internacional de los crímenes de violencia sexual¹⁸² -en particular, la violación, el

¹⁷⁶ EVD-CHM-00001, p. 3. Disponible en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc636752.pdf>, p. 28. En relación con estas prácticas, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Case No. ICC-01/04-02/06, 8 de julio de 2019, para. 407-412.

¹⁷⁷ *The Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu*, Case N.º ICRT-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, par. 596 y 687-688; *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as “Pavo”, Hazim Delic, Esad Landzi also known as «Zenga»*, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, paras. 478-479; *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-T 10, 19 de diciembre de 1998, para. 178 y 181-185; *The Prosecutor v. Kayishema et Ruzindana*, Case N.º ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999; *The Prosecutor v. Alfred Musema*, Case No. ICTR-96-13, 27 de enero de 2000; *The Prosecutor v. Kunarac et consorts*, Case No. IT-96-23, IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001; *The Prosecutor v. Stevan Todorovic*, Case No. IT-95-9/1-S, 31 de julio de 2001; *The Prosecutor v. Dragan Nikokik*, Case No. IT-94-2-S, 18 December 2003; *The Prosecutor v. Laurent Semanza*, Case No. ICTR-97-20-T, 15 de mayo de 2003; *The Prosecutor v. Jean de Dieu kamuhanda*, Case No. ICTR-95-54A-T 64, 22 de enero de 2004. Al respecto de esta cuestión, ABRIL STOFFELS, R., “Le role des Tribunaux pénaux internationaux pour le Rwanda et pour l’ex-Yougoslavie en ce qui concerne la sanction du viol et d’autres agressions sexuelles graves comme crimes internationaux”, disponible en http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Stoffels_0.PDF cit.

¹⁷⁸ *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICRT-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, para. 495.

¹⁷⁹ *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-T 10, 19 de diciembre de 1998, para. 168.

En relación con el Derecho Internacional consuetudinario, debe mencionarse la norma 93 -sobre la prohibición de las violaciones y cualquier otra forma de violencia sexual- y, en relación con ella, la norma 94 -sobre la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas- contempladas en el estudio del DIH de carácter consuetudinario del CICR, HENCKAERTS, J.-M. y DOSWALD-BECK, L., *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, supra nota 22, pp. 369-376.

¹⁸⁰ *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICRT-96-4-T, 2 de septiembre 1998; *The Prosecutor v. Alfred Musema*, Case No. ICTR-96-13, 27 de enero de 2000.

¹⁸¹ Destaca en este sentido, la calificación de la violación y otras agresiones sexuales como “tortura”, “tratos inhumanos” o “actos deliberados que causen graves padecimientos o graves daños a la integridad física o a la salud”. En particular, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICRT-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, par. 594; *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as «Pavo», Hazim Delic, Esad Landzi also known as «Zenga»*, Case No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, par. 452-474.

¹⁸² BEDONT, B., “Gender Specific Provisions in the Statute of the International Criminal Court”, en Flavia Latanzi y Willian A. Schabas (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, vol.

embarazo forzado, la esterilización forzada, la esclavitud sexual, la prostitución forzada y otras violencias sexuales de cierta gravedad-, tanto en la categoría de los crímenes contra la humanidad como en la categoría de los crímenes de guerra¹⁸³. Adicionalmente, contempla en la categoría de los crímenes contra la humanidad ciertos tipos penales relativos a la violencia de género -en particular, la persecución y la esclavitud-, que no implican violencia sexual sino sexista¹⁸⁴. En este contexto, se han incorporado también nuevas nociones como la denominada “esclavitud conyugal” introducida por el TESL en el *Caso Taylor*¹⁸⁵. Actualmente, el *Caso Al-Hassam* incluye, por primera vez, la consideración de los matrimonios forzados como crimen contra la humanidad en el marco del Estatuto de la CPI¹⁸⁶.

Dependiendo de los casos, los cargos por crimen de reclutamiento, alistamiento o uso para participar activamente en hostilidades pueden ser formulados de manera cumulativa con cargos por violencia sexual¹⁸⁷. En la práctica, las funciones asignadas a las niñas son muy heterogéneas y fluidas y la mayoría, además de ser objeto de violencia sexual, son también usadas para participar activamente en las hostilidades¹⁸⁸. Así, tanto el *Caso Lubanga* como el *Caso Ntaganda* ante la CPI ofrecen ejemplos de un tipo de uso mixto muy común en el caso de las niñas, que además de actuar como escoltas de los comandantes -función que ha sido expresamente reconocida como una forma de

I, il Sirente, 1999, pp. 183-210; ERB, N.E., “Gender-Based Crimes Under the Draft Statute for the Permanent International Criminal Court”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 29, 1998, pp. 355-435; KOENING, A.K.D. ASKIN, K.D., “International Criminal Law and the International Criminal Court Statute: Crimes Against Women” en KOENING, A.K.D., ASKIN, K. D., (eds.), *Women and International Human Rights Law*, vol. 2, Transnational, Ardsley, New York, 2000; GIL GIL, A., “La violación como arma de guerra y su persecución como crimen internacional”, Arroyo Zapatero, L.H., Nieto Martín, A., Muñoz de Morales Romero, M., Bailome, M., (coords), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del derecho penal europeo e internacional*. 2010, pp.121-152; LIROLA DELGADO, I., MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., *Crímenes internacionales de violencia sexual y conflictos armados*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016; OJINAGA RUIZ, R., “La prohibición y criminalización de las violencias sexuales contra mujeres civiles en conflictos armados”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 19, 2002, pp. 199-268.; STEAINS, C., “Gender Issues”, Lee R.S.K. (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, La Haya, Boston, Londres, 1999, pp. 357-390; OOSTERVELD, V., “The definition of “gender” in the Rome Statute of the International Criminal Justice: A step forward or back for International Criminal Justice?”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 18, 2005, pp. 55-81; TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “Los avances de la jurisprudencia internaiconal contra la impunidad de las violaciones en los conflictos armados”, *Estudios Internacionales*, 2018, pp. 64-84; PALACIÁN DE INZA, B., “La violencia sexual como arma de guerra”, Documento de Análisis, IEEE, 2013; ODIO BENITO, E., “A Perspectiva e o Mandato de Género no Estatuto de Roma”, De Figueiredo Steiner, S.H., CALDEIRA BRANT, L.N., *O Tribunal Penal Internacional: comentários ao estatuto de Roma*, supra nota 67, pp. 69-84.

¹⁸³ Arts. 7 (1) (g); 8.2 (b) (xxii); 8.2 (e) (vi).

¹⁸⁴ Arts. 7 (1) (h); 7 (2) (c).

¹⁸⁵ *The Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-03-01-T, Judgment, Trial Chamber, 18 de mayo de 2012; paras. 428-430. Al respecto, OOSTERVELD, V., “Gender and the Charles Taylor Case at the Special Court of Sierra Leone”, *William & Mary Journal of Women and the Law*, vol. 19, nº 3, 2012, pp.7-33.

¹⁸⁶ *The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Case No ICC-01/12-01/18, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber, 30 de septiembre de 2019.

¹⁸⁷ TAN, J., “Sexual violence against children ...”, supra nota 108, p. 119.

¹⁸⁸ *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Case No. ICC-01/04-02/06, 8 de julio de 2019, para. 414-416.

participación activa en la jurisprudencia internacional- son víctimas de violaciones y esclavitud sexual¹⁸⁹.

V. CONCLUSIONES

La prohibición y criminalización del reclutamiento o alistamiento y la participación de menores de quince años ha adquirido carácter consuetudinario, tanto en conflictos armados internacionales como en conflictos armados no internacionales. Sin embargo, la protección de los niños y niñas asociados con grupos armados estatales y no estatales presenta todavía importantes lagunas y carece de perspectiva de género.

La configuración del crimen de reclutamiento o alistamiento, en la jurisprudencia de la CPI y el TESL, como un tipo penal que abarca toda forma de reclutamiento –voluntario, obligatorio en virtud de la ley o forzado- de menores de quince años, ya sea mediante procedimientos formales o informales, y con independencia del uso o función asignados dentro de la organización, parecen implicar que el reclutamiento o alistamiento de niñas por debajo de esta edad con fines de explotación doméstica y sexual, aunque no tengan participación activa en las hostilidades, puede ser considerado como una conducta constitutiva del crimen de guerra contemplado en los artículos 8 (2) (b) (xxvi) y 8 (2) (e) (vii) del Estatuto de la CPI.

La CPI -y análogamente el TESL- ha elaborado en su jurisprudencia una noción de uso para la participación activa en las hostilidades potencialmente más amplia que la noción de participación directa del DIH. La determinación de las actividades que constituyen participación activa se basa en el test del riesgo de que estos menores puedan llegar a ser considerados como un objetivo potencial para el adversario y se determina caso por caso. Ahora bien, la configuración más amplia de la noción de participación activa como elemento objetivo del tipo penal contemplado en los artículos 8 (2) (b) (xxvi) y 8 (2) (e) (vii) del Estatuto de la CPI no afecta a la noción de participación directa del DIH a los efectos de la distinción entre combatientes y civiles, ni supone una distorsión de los objetivos de protección propios del DIH.

En este contexto, la exclusión apriorística del uso y la explotación doméstica de las niñas asociadas con grupos armados de la noción de participación activa en las hostilidades ignora las circunstancias que se encuentran en la base del reconocimiento tradicional del estatuto de prisioneras de guerra a las vivanderas¹⁹⁰ y no parece congruente con la aplicación del test del riesgo elaborado por la CPI, que presupone un examen caso por caso de las situaciones.

¹⁸⁹ *Ibid.*, para. 407.

¹⁹⁰ Artículo 50 del Código Lieber. Al respecto, OJINAGA, R., “La protección de la mujer en el Derecho Internacional Humanitario”, en Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L., (dir.), *Derecho Internacional Humanitario*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 851-890.

En todo caso, la acumulación de cargos por crimen de reclutamiento -o alistamiento- y crímenes de violencia sexual –tales como la violación y la esclavitud sexual-, ofrece un cauce adecuado para la represión de los crímenes complejos de reclutamiento, uso y violencia sexual contra las niñas asociadas con grupos armados. No obstante, el análisis de la relación entre el crimen de reclutamiento, alistamiento o uso para participar activamente en hostilidades de las niñas asociadas con grupos armados con otras disposiciones del Estatuto de la CPI –en particular, las relativas a los crímenes de violencia sexual- precisa de un mayor grado de desarrollo y clarificación. La relación y diferenciación de este crimen con las diferentes modalidades del crimen de esclavitud y esclavitud sexual y las lagunas relativas a la tipificación de conductas como el matrimonio forzado en el Estatuto de la CPI, son algunas de las cuestiones que demandan una mayor atención en el futuro.